

Содержание

Вопросы теории

- Ибрагимов А.М.* Признание и непризнание государств: опыт комплексного международно-правового анализа понятий 4
Ahmed M. Ibragimov Recognition and Non-recognition of States: the Experience of the Complex International Legal Analysis of Concepts 16
- Нефедов Б.И.* Соотношение правовых систем. Часть 1. «Традиционные» доктрины соотношения международного права и внутригосударственного права 19
Boris I. Nefedov Ratio of Legal Systems. Part 1. "Traditional" Doctrines on the Ratio of International and National Law 29

Право международной безопасности

- Анянова Е.С., Кулебякин В.Н.* Свобода открытого моря и борьба с терроризмом 32
Ekaterina S. Anyanova, Viacheslav N. Kulebiakin Freedom of the High Seas and Struggle against Terrorism 44

Международная защита окружающей среды

- Копылов М.Н., Меркулова К.А.* CITES празднует свой 40-летний юбилей 46
Mikhail N. Kopylov, Kristina A. Merkulova CITES Celebrates its 40-th Anniversary 57

Право международных договоров

<i>Симонова (Никитенко) Н.С.</i> Институциональный механизм обеспечения выполнения обязательств по международным договорам: понятие, основные элементы	60
<i>Natalia S. Simonova (Nikitenko)</i> The Institutional Mechanism of Ensuring for Meeting Commitments under International Treaties: Definition and Basic Elements	78

Международная борьба с преступностью

<i>Остроухов Н.В., Ромашев Ю.С.</i> Международно-правовые вопросы передачи лиц в интересах правосудия	83
<i>Nikolai V. Ostroukhov, Yuri S. Romashev</i> International-legal Aspects dealing with Transfer of Persons for the Interest of Justice	90

Международное космическое право

<i>Жуков Г.П., Волынская О.А.</i> Актуальные проблемы международной ответственности в сфере космической деятельности	92
<i>Gennady P. Zhukov, Olga A. Volynskaya</i> Current Problems of International Responsibility and Liability in the Domain of Space Activities	101

Международное воздушное право

<i>Зафиг Халилов</i> Вопросы правового регулирования каботаж в внутригосударственных актах: сравнительный анализ	104
<i>Zafik Khalilov</i> Issues of Legal Regulation of Cabotage in Interstate Acts: Comparative Analysis	115

Международное право массовой информации

<i>Касенова М.Б.</i> К вопросу формирования международно-правовой модели управления интернетом. Часть 2	118
<i>Madina B. Kasenova</i> When it comes to designing an International Internet Governance Model. Part 2	134

Международное частное право

<i>Балеевских Л.С.</i> Конституционно-правовые основы международного коммерческого арбитража в России	137
---	-----

<i>Ludmila S. Baleevskikh</i> Constitutional and Legal Regulations of International Commercial Arbitration in Russia	151
---	-----

Европейское право

<i>Юмашев Ю.М.</i> Правовое регулирование европейского внутреннего рынка	154
<i>Yuri M. Yumashev</i> Legal Regulation of European Internal Market	171

Голоса молодых

<i>Алиев Х.М.</i> Функции консульских учреждений по защите юридических лиц за границей	177
<i>Hayal M. Aliev</i> The Functions of Consular Protection Agencies Abroad	187
<i>Мангал Бисмиллах</i> Переговорный процесс как важнейший способ разрешения Афганского конфликта	189
<i>Mangal Bismillah</i> The Negotiation Process as one of Essential Means of Resolving the Afghan Conflict	193
<i>Рябова В.О.</i> К вопросу о присоединении Европейского союза к Европейской Конвенции о защите прав человека	195
<i>Victoria O. Ryabova</i> On the Question of Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights	207

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Признание и непризнание государств: опыт комплексного международно- правового анализа понятий

*Ибрагимов А.М.**

В современной международной практике непрерывно происходит важный процесс формирования либо изменения суверенных политических институтов общества. Институт «признание» в международном праве функционирует как обычно-правовой феномен. Однако это ни в коей мере не умаляет его значения для стимулирования межгосударственных отношений. Понятие «непризнание» хотя и является противоположностью признания, тесно связано с ним. Не в пример признанию оно не достигло уровня правового института, но имеет место быть и используется в международных отношениях для целей недопущения неправомерности (незаконности) политических образований с позиции международного права.

Ключевые слова: признание; непризнание государства; опыт; анализ; понятие.

Международное признание – один из институтов международного публичного права, сложившихся в качестве международно-правовых обычаев на основе общей практики, и представляющих значительный интерес для всего мирового сообщества. Признание вновь возникшего государства – это, как правило, добровольный акт другого государства¹. Не мудрено, что необходимость исследования данного института с течением времени сохраняется, поскольку в международную

* Ибрагимов Ахмед Муслимович – к.ю.н., доцент кафедры международного права Дагестанского государственного университета. ahmed63@yandex.ru.

систему вливаются новые государства, требующие выражения отношения к себе со стороны остальных государств. Это обстоятельство заставляет институт признания изменяться либо адаптироваться к изменившейся ситуации.

Между тем, подвижки в составе участников международных отношений не исчерпываются появлением новых государств. Известно, что некоторые уже существующие государства могут объединяться или разделяться, что также требует к себе внимания со стороны других стран, которое объективируется в международное признание. В виду того, что процесс образования новых государств постоянен, следует обратить внимание на практику их юридического признания или непризнания. Она характеризуется сложностью и противоречивостью.

Как заметил в этой связи в 1975 году Д.И.Фельдман, практика государств по проблемам признания далека от единообразия, и говорить о «всеобщей практике» в применении признания не приходится². К такому выводу он пришел ввиду того, что на тот период не было принято универсального международного договора по данной проблематике. Различные вопросы признания тогда регулировались либо обычными нормами, либо региональными соглашениями, либо резолюциями международных организаций и т.д.

Попытки выработки унифицированных подходов к кодификации института признания на универсальном уровне предпринимаются издавна. Так, Комиссия международного права ООН в 1949 г. включила в свою повестку вопрос о признании государств и правительств. Однако эта попытка оказалась безуспешной вследствие острых политических аспектов проблематики, которая, в конце концов, была снята с обсуждения в рамках Комиссии³.

Спустя несколько десятков лет, в третьем тысячелетии ситуация с кодификацией института признания не претерпела существенных изменений. Это, на наш взгляд, отражается и на вариативности выражения признания. Оно может быть выражено не по единой форме, а путем передачи по международным каналам соответствующего решения компетентного органа, направления послания новому субъекту международного права, сообщения о готовности установить с другим государством дипломатические отношения.

Принимая во внимание современную тенденцию активизации межгосударственных отношений, мы полагаем, что она формирует необходимые предпосылки для выработки единого правового подхода

к проблеме кодификации признания. Не последнюю роль в этом процессе играет теоретическая мысль.

Прежде всего, подчеркнем, что в последние годы доктрина международного права пополнилась большим количеством работ по данной проблеме⁴. При этом все такие работы неизменно учитывают две исторически сложившиеся теории признания – конститутивную и декларативную – и основываются на них.

Как известно, первая из них исходит из того, что признание конституирует, т.е. порождает международную правосубъектность того или иного политического образования, претендующего на государственность. Иными словами, превращает фактическое состояние в юридическое⁵. И хотя об этой теории сейчас обычно пишут в прошедшем времени, в третьем тысячелетии отмечаются спорадические попытки непризнания или отзыв признания государств, попытки поставить их существование в зависимость от воли и признания извне. В этом свете заслуживает критической оценки позиция отдельных представителей отечественной науки международного права, которые приводят свои доводы в обоснование конститутивной теории признания⁶.

Никто не спорит, что сфера современной международной жизни отличается исключительной напряженностью, в которой следует тщательно оценивать особенности ее проявлений, а в реакции на такие проявления руководствоваться общепризнанными принципами и нормами международного права. Об этой прописной истине приходится напоминать в связи с тем, что влиятельные политические, коммерческие и другие группировки отдельных стран, прикрываясь лозунгами «современных условий» и «политической целесообразности», в действительности прикрывают свое стремление сохранить существующий порядок, при котором им гарантирована защита их сугубо эгоистических материальных интересов⁷.

В основе этого подхода нетрудно разглядеть корни так называемой дискреционной теории, согласно которой международное обычное право не знает обязанности предоставлять признание государственному образованию⁸.

Да, такой обязанности не существует. Но в ней и не существует необходимости, поскольку тем самым, во-первых, отрицался бы общепризнанный принцип самоопределения. Во-вторых, акт признания в принципе не может носить характер обязанности, поскольку требует предварительной оценки того, обладает ли соответствующее

политическое образование характеристиками, позволяющими считать его государством, и далее исходить из такой оценки. Такой оценки избежать нельзя.

Но это не имеет ничего общего с дискреционной теорией, которая, похоже, снова взята на вооружение внешней политикой некоторых западных государств в ее, можно сказать, вульгарном выражении: «обязанности нет – не стану признавать». Такая позиция во многом способствует если не дезорганизации процесса интернационализации международной жизни, то созданию серьезных препятствий и проблем на этом пути.

Безусловно, признание одним государством другого *de jure* создаст весьма благоприятные отношения между ними, открывая возможности для различных форм взаимного сотрудничества. Но в контексте сказанного выше более подходящей представляется декларативная теория признания, согласно которой государство является таковым, субъектом международного права, с момента своего возникновения, под которым понимается соответствующее провозглашение его высшим государственным органом, обладающим необходимой компетенцией. Внешнее признание, таким образом, не наделяет государство международной правосубъектностью, а лишь констатирует такую правосубъектность, способствуя, помимо прочего, вхождению нового государства в систему межгосударственных отношений.

Сегодня декларативная теория исключительно востребована, поскольку она с очевидностью способствует настоящему требованию современности: скорейшему вхождению новых государственных образований в орбиту двусторонних, многосторонних, региональных и глобальных интеграционных процессов. Особенно, можно сказать, с образованием таможенных союзов и единого экономического пространства.

Декларативная теория весьма востребована и в вопросе, касающемся признания правительств. Как правило, это происходит «автоматически»: акт признания государства как субъекта международного права одновременно означает и акт признания его правительства.

Вопрос же об отдельном признании правительства возникает в случае его формирования неконституционным путем. В таком случае признание его *de jure* необязательно, достаточно продолжать с новым правительством нормальные официальные отношения. Этот подход согласуется с известной доктриной Эстрада, которая исходит из того, что признание правительства данной страны не требует особого акта

иностранных государств, достаточно поддерживать с ним дипломатические отношения⁹.

Современная практика решающим условием признания правительства считает эффективность его власти. Показательна в этом отношении практика США. Так, Соединенные Штаты считают допустимым установление официальных отношений с иностранным правительством, если оно осуществляет эффективный контроль на своей территории и способно брать и выполнять международные обязательства. Здесь следует подчеркнуть, что США непоследовательны в этом вопросе, осуществляя избирательный подход к правительствам государств, основанный на собственных национальных интересах. В этой связи приведем еще одно условие признания – форму правления. Парижская Хартия для новой Европы, принятая в рамках СБСЕ в 1990 г., признала демократическую форму правления в государствах единственно приемлемой¹⁰. Представляется, что такое установление полезно, оно лучше, нежели используемое США условие об эффективности власти, которое часто выдвигается ими неоднозначно. Вместе с тем, установление Парижской Хартии для новой Европы тоже в определенной мере таит в себе опасность.

Дело в том, что под надуманными заявлениями о неприемлемости формы правления правило Парижской Хартии может быть использовано для непризнания новых или вообще правительств. Это может делаться или делается для прикрытия своих интересов, как это имеет место во внешнеполитическом курсе США¹¹.

Помимо всего отмеченного, заслуживает внимания то обстоятельство, что правительство, пришедшее к власти неконституционным путем, может получить полновесное признание, если оно поддерживается народом и отсутствует вмешательство во внутренние дела государства при приходе правительства к власти.

Не теряет остроты в наши дни вопрос о признании правительства в эмиграции. Такое признание должно предоставляться лишь в случае незаконного, насильственного изгнания правительства. В недавнем прошлом в изгнании оказалось избранное народом правительство Ирака, территория которого была оккупирована заокеанскими агрессорами и их союзниками. В настоящее время перспектива изгнания актуальна для правительства Сирийской Арабской Республики, которое в случае бегства из страны может быть признано государствами правительством в эмиграции.

Системный подход к решению проблемы признания и непризнания, по мнению большинства ученых, сформировался в ООН. Генеральной Ассамблеей (ГА) и Советом Безопасности (СБ) ООН принимались резолюции, в которых устанавливались положения о законности или незаконности политических образований с позиции международного права.

Как известно, на основании Резолюций СБ о непризнании стали применяться санкции в соответствии с главой VII Устава ООН. Со стороны ООН принимались меры, направленные на ликвидацию расистских режимов, реализацию права народов на самоопределение, на восстановление территориальной целостности государств и защиту основных прав и свобод человека. Список таких примеров большой, и известный (от Конго и Ю.Родезии до Южной Осетии и Абхазии).

Резолюции ООН создавали и создают правила непризнания или признания статуса рассматриваемых образований. Государства – члены ООН ориентируются на эти правила, предоставляя признание либо отказывая в нем вновь возникшим образованиям. Д. Дюгард в книге «Признание и ООН», изданной в 1987 г., подробно исследовал правила непризнания, осуществлению которых способствовала ООН¹². Координированные действия ООН совместно с государствами-членами формировали правила в этом направлении.

Для целей нашего анализа представляют интерес некоторые классические примеры.

Так, достаточно долго ООН обсуждала конголезский и родезийский кризисы, в результате чего впервые приняла правила непризнания.

В связи с попыткой сепаратистов Катанги расчленить Конго с помощью Бельгии 14 июля 1960 г. СБ ООН принимает резолюцию: 1) о выводе оккупационных бельгийских войск со всей территории Конго; 2) об оказании помощи правительству Конго в сохранении территориальной целостности республики.

24 апреля 1961 г. СБ вновь принимает резолюцию (169), которая осудила подпитываемый извне сепаратизм администрации правительства Катанги и потребовала немедленного прекращения такой деятельности. Несмотря на отсутствие каких-либо явных утверждений, свидетельствующих о требовании не признавать так называемое государство Катанга, исследователи склонны считать, что Совет принял правило непризнания¹³.

Итак, конголезский кризис обусловил формирование правила непризнания. Согласно ему, отделение Катанги от Конго было признано незаконным, нарушающим общепризнанные принципы

территориальной целостности государства и невмешательства в его внутренние дела. Важно отметить, что СБ ООН оценил данную ситуацию на основе главы VII Устава ООН и принял решение о вооруженных силах ООН. В итоге, ни одно государство не признало Катангу.

Более продуманные и целевые меры СБ предпринял в последующем в отношении Южной Родезии (Зимбабве). Причиной их осуществления стало то, что в этом регионе, который находился под управлением Великобритании, европейские поселенцы (белое меньшинство) во главе с Я. Смитом создали государственную администрацию¹⁴. 11 ноября 1965 г. белое меньшинство провозгласило независимость Ю. Родезии. 12 ноября 1965 г. СБ ООН призвал все государства не признавать незаконный режим расистского меньшинства в Ю. Родезии. В резолюции 217 (1965 г.) Совет определил ситуацию в Ю. Родезии как угрожающую международному миру и безопасности и призвал все государства не признавать эту незаконную власть и не поддерживать с ней каких-либо дипломатических или других отношений. Непризнание Ю. Родезии связывалось с применением санкций¹⁵. Так, СБ принял резолюцию (277) о всеобъемлющих санкциях против Родезии, в которой постановил, что государства – члены Организации должны воздержаться от признания незаконного режима и оказания ему какой бы то ни было помощи.

Г.И. Курдюков пишет, что пример Ю. Родезии показал, как Совет Безопасности отстаивал правила непризнания, ввел систему санкций и организационные меры¹⁶. Ни одно государство не признало Ю. Родезию. В 1980 г. в результате реализации права на самоопределение черным большинством населения Ю. Родезии возникло новое государство Зимбабве, и таким образом правило непризнания расистского режима трансформировалось в правило признания нового государства как законного образования.

В последующие годы ООН продолжала вырабатывать правила непризнания и признания. В частности, это было связано с позицией Организации в отношении ЮАР и Намибии. В виду отказа ЮАР включить Намибию в систему международной опеки и ее оккупации, Международный суд ООН в консультативном заключении от 11 июля 1950 г. о международном статусе Юго-Западной Африки (Намибии) постановил, что Южно-Африканский Союз не имеет права изменять международный статус Юго-Западной Африки, и что такое право принадлежит Союзу в том случае, если он действует с согласия ООН¹⁷.

С началом вооруженной борьбы народа Намибии во главе с организацией СВАПО, получившей индивидуальное и коллективное признание¹⁸, против южно-африканской оккупации ГА ООН в своей резолюции (2145) от 26 октября 1966 г. отменила мандат ЮАР на управление территорией Намибии. Юридически Намибия стала находиться под управлением ООН. В дальнейшем СБ ООН более четко и жестко устанавливает правила непризнания о незаконном пребывании ЮАР на территории Намибии и требует предоставления ее народу независимости. В резолюциях 276 (1970 г.) и 283 (1970 г.) СБ подтвердил незаконность пребывания ЮАР на территории Намибии и ее актов и призвал государства – члены ООН воздержаться от каких-либо действий, в том числе и торговых отношений с ЮАР. Совет постановил, что ни одно государство не должно принимать меры, направленные на признание или поддержку присутствия ЮАР в Намибии.

В связи с этим интересно отметить консультативное заключение Международного суда ООН от 21 июня 1971 г. В нем Суд назвал, во-первых, юридические последствия для государств-членов ООН, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии: 1) государства обязаны признать незаконность и недействительность такого присутствия; 2) государства обязаны воздерживаться от вступления в договорные отношения с ЮАР во всех случаях, когда она пытается предпринимать действия от имени или в отношении Намибии; 3) государства обязаны воздерживаться от направления в Южную Африку дипломатических или специальных миссий, консульских работников; 4) государства обязаны воздерживаться от вступления в экономические и другие отношения с Южной Африкой от имени Намибии. Во-вторых, по мнению Международного суда ООН, прекращение действия мандата и объявление незаконным присутствия Южной Африки в Намибии касаются всех государств, поскольку *erga omnes* провозглашается незаконность ситуации, сохраняющейся в нарушение международного права¹⁹.

В конце концов, в результате международных усилий под эгидой ООН в марте 1990 г. Намибия стала независимым государством, а в апреле того же года членом ООН и получила международно-правовое признание²⁰.

В стратегии ООН по решению проблемы ЮАР и Намибии отразился курс на продолжение установления правил непризнания и признания. В нем отразились более жесткие предписания в отношении ЮАР,

включая применение к ней международно-правовых санкций. В этом курсе прослеживается обязанность всех государств выполнять резолюции СБ. В этот период ООН четко наметила инструментальные подходы, к которым активно были подключены государства: создание комитета по санкциям, групп наблюдения и контроля выборов, соблюдение прав человека. В конечном счете, это привело к признанию органа национально-освободительного движения СВАПО, непризнанию марионеточных государств и возникновению нового государства Намибии.

В последующем практика ООН по вопросам непризнания и признания заявленных образований становилась совершенной и целенаправленной. ООН способствовала становлению молодых государств, народы которых ранее не имели своей государственности. Постепенно проявлялась тенденция к выработке согласованных действий между органами ООН и ее членами-государствами. Правда, не всегда ООН добивалась поставленных целей, здесь срабатывали многие факторы, в том числе и позиция постоянных членов СБ²¹. Однако методы преодоления разногласий превалировали и приводили к согласованному общему интересу. Одним из новых или же поздних примеров является Восточный Тимор. Операции ООН в В.Тиморе были названы самыми всеобъемлющими и в некоторых отношениях самыми трудными за всю историю ООН²².

В 1960г. ГА ООН внесла В.Тимор в список самоуправляющихся территорий. Согласно ст. 73. Устава ООН, Португалия, по резолюциям ГА и СБ, приняла на себя ответственность за управление территорией, народ которой еще не достиг полного самоуправления. В 1974 г. Португалия как управляющая держава признала право народа В.Тимора на самоопределение и независимость.

В ноябре 1975г. Революционный фронт за независимость В.Тимора (ФРЕТИЛИН) провозгласил независимость В.Тимора. Между политическими партиями В. Тимора вспыхнула гражданская война. Воюющие стороны разделились на два лагеря: одна из них провозгласила независимость В. Тимора от кого бы то ни было, другая – независимость и присоединение к Индонезии. Португалия ушла из В. Тимора, заявив, что она не в состоянии контролировать ситуацию. Рассмотрев обращение Португалии, недовольной оккупацией В. Тимора Индонезией, ГА ООН в резолюции 31/53 от 1 декабря 1976 г. не признала объединение В. Тимора с Индонезией, поскольку народ территории не имел возможности свободно осуществлять свое право на самоопределение

и независимость. Свои резолюции ГА подтвердила в 1978 г. и 1989 г. СБ ООН в резолюции 389 от 22 апреля 1976 г. призвал все государства уважать территориальную целостность В. Тимора, а также неотъемлемое право его народа на самоопределение. ГА и СБ совместно потребовали, чтобы Индонезия вывела оттуда свои войска.

С этого времени начинаются основные этапы действий и операций ООН в В. Тиморе²³. По просьбе ГА ООН в 1983 г. Генеральный Секретарь начал переговоры с Индонезией и Португалией (законной на тот момент управляющей державой) в целях содействия справедливому и полному урегулированию. 5 мая 1999 г. Индонезия, Португалия и ООН заключили ряд соглашений, с тем, чтобы выяснить, готово ли население В. Тимора согласиться со статусом особой автономии, предложенным Индонезией. Если автономия будет отвергнута, за этим последуют отделение Восточного Тимора от Индонезии и переход, под властью ООН, к независимости²⁴.

На основе этих соглашений 11 июня 1999г. была создана Миссия ООН в Восточном Тиморе (МООНВТ), она организовала и провела регистрацию избирателей и официальное голосование. 78,5% избирателей отвергли предложение об автономии в составе Индонезии. Началась волна насилия, и в результате ожесточенного конфликта было перемещено свыше 70% жителей в Западный Тимор. Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ) оказало гуманитарную помощь и обеспечило защиту 160 000 беженцам, в том числе провело большую работу по реконструкции жилья в Восточном Тиморе. В связи с серьезными нарушениями прав человека, совершенными в 1999 г. в Восточном Тиморе, была создана независимая комиссия экспертов для анализа ситуации с судебным преследованием за эти преступления, которая представила свой доклад СБ ООН.

Действуя в соответствии с главой VII Устава ООН, СБ в сентябре 1999 г. санкционировал отправку Международных сил в Восточный Тимор (МСВТ), которые помогли в восстановлении порядка. В октябре 1999 г. Совет сформировал Временную администрацию ООН в Восточном Тиморе (ВАООНВТ). Она была наделена полной законодательной и исполнительной властью на период перехода Восточного Тимора к независимости и поддержания мира и безопасности. Временная администрация установила гражданское правление на всей территории.

30 августа 2001г. более 90% избирателей выбрало Учредительное собрание, которое приняло первую конституцию. 20 мая 2002 г.

Восточный Тимор обрел независимость. Учредительное собрание было преобразовано в национальный парламент, назвавший новое государство – Тимор-Лешти. В тот же день вышел Указ Президента РФ «О признании Российской Федерацией Восточного Тимора и об установлении с ним дипломатических отношений». 27 сентября 2002 г. государство Тимор-Лешти стало 191-м членом ООН.

На примере Восточного Тимора очевидно, как ООН подтверждала установленные правила непризнания и признания и вводила новые критерии, соотносящиеся с новыми реалиями и общепризнанными правовыми нормами. Тем временем можно сделать вывод, что всеобщая практика ООН, ее политические и правовые решения формировали нормы международно-правового непризнания и признания. При этом рассматривались конкретные виды: государства, борющиеся народы, правительства и политические режимы. В актах ООН прослеживается обязанность непризнания государствами-членами ООН тех или иных образований. Несомненно, здесь проявились системность и целенаправленность действий ООН. Как отмечается в зарубежной литературе, непризнание есть отказ в правовом статусе²⁵. Как правило, государства выполняли резолюции Совета Безопасности о непризнании. Вместе с тем, не было решений о принятии мер в отношении государств, не выполнявших резолюции Совета Безопасности.

Практика ООН показывает, что по сей день остается актуальным вопрос о кодификации института международно-правового признания, куда бы вошли нормы, закрепляющие критерии непризнания²⁶. Мы не случайно в своей работе тесно связываем признание и непризнание так как считаем, что они суть явление парное, соответствующее формуле «две стороны одной медали». Ведь в истории было немало случаев, когда непризнание переходило в признание²⁷ (выше мы отметили пример, когда правило непризнания расистского режима преобразовалось в правило признания нового государства как законного образования).

ООН создавала правила признания и непризнания в неразрывной связи с реализацией принципа равноправия и самоопределения народов главным образом в условиях колониальной системы. В этих условиях принцип «работал» на создание новых, независимых государств. Однако с завершением процесса деколонизации встал вопрос о судьбе этого принципа. Ведь его применение в новых условиях могло привести к обратному действию – к распаду существующей сегодня системы

государств. Тем временем, ключевой документ современного международного права – Заключительный акт СБСЕ 1975 г. называет принцип «равноправие и право народов распоряжаться своей судьбой», в нем даже закреплены формы его реализации. Адекватно оценивая роль и значимость документа СБСЕ, дающего данному принципу «зеленый свет», М.В. Филимонова, тем не менее, отмечает, что «настоящий этап нормативного совершенствования принципа может пойти в двух направлениях – наполнения его новым содержанием с учетом требований времени или его исключения из перечня основных принципов как выполнившего свое предназначение»²⁸.

В этом свете первоочередным делом, сообразующимся с требованиями времени, является исследование принципа равноправия и самоопределения народов и территориальной целостности государств во взаимосвязи и в рамках сложившихся государств, прежде всего федеративных и многонациональных. С.В. Черниченко пишет, что «реализация принципа самоопределения народов в современных условиях не должна нарушать территориальной целостности и политического единства государств»²⁹. Практика ООН идет в этом направлении. Например, Организация признала территориальную целостность Кипра в связи с неправомерным односторонним провозглашением Турецкой республики северного Кипра. В 1993 г. ООН признала Эритрею как целостное и отдельное от Эфиопии государство, в последующем она подтвердила незыблемость территориальной целостности Российской Федерации и других государств.

И, тем не менее, в завершение отметим, что практика ООН и государств не дает однозначного ответа на возникающие вопросы. Здесь много политически мотивированных подходов и действий, особенно в отношении событий из новейшей истории, связанных с отделением Косово от Сербии (вопреки действующей резолюции СБ ООН 1244 от 10 июня 1999 г. о территориальной целостности Югославии и Сербии Международный суд ООН принял продиктованное политикой консультативное заключение от 22 июля 2010 г., суть которого состоит в том, что объявление Косовом независимости не нарушило международного права)³⁰, и с законным провозглашением независимости Южной Осетии и Абхазии, ведь хорошо известно, что под влиянием резолюций ГА ООН³¹ большинство государств не признало эти суверенные республики. Подобная избирательность ООН и большинства стран в отношении признания новых государств в постсоветском

пространстве привносит недопустимый элемент диссонанса в систему общепризнанных правил признания и непризнания в международном праве.

Таким образом, комплексный международно-правовой анализ понятий «признание» и «непризнание» показал, что по сей день остается актуальным вопрос о кодификации института международно-правового признания, куда бы вошли нормы, закрепляющие критерии непризнания.

Recognition and Non-recognition of States: the Experience of the Complex International Legal Analysis of Concepts (Summary)

*Ahmed M. Ibragimov**

The subject of the review was the recognition of States and representing their governments due to the fact that in modern international practice the very important for study process of formation or change of the sovereign political institutions of the society is continuously taking place. The institute of recognition in international law is functioning as usual-legal phenomenon. However, this in no way detracts from its value for the stimulation of the inter-state relations. Although the concept of “non-recognition” is the opposite of recognition, it is closely connected with it. Unlike the recognition it has not reached the level of legal Institute, but it is in process and is used in international relations for the purpose of non-admission of unlawfulness of the political entities from the perspective of international law.

Keywords: recognition; non-recognition; state; experience; analysis; concept.

* Ahmed M. Ibragimov – Ph.D. in Law, assistant professor of the Chair of International Law, Dagestan State University. ahmed63@yandex.ru.

- ¹ См.: Гуреев С.А. Субъекты международного права // Московский журнал международного права. 2012. № 1. С. 31.
- ² Признание в современном международном праве / Под общей редакцией проф. Д.И.Фельдмана. Казань, 1975. С.6.
- ³ См.: Там же. С.12.
- ⁴ Мы, в свою очередь, изложили некоторые вопросы теории и практики признания в свете новых реалий. См.: Ибрагимов А.М. Признание в международном праве: некоторые вопросы теории и практики и современность //Жизнь, отданная науке / Под ред. д.ю. н., проф. Железнова Б.Л., д. ю. н., проф. Курдюкова Г.И. Казань, 2004. С. 113-119; Ибрагимов А.М. Признание и непризнание в международном праве: институциональные решения и теоретические аспекты // Материалы научно-практической конференции «Международное право: вчера, сегодня, завтра», 8-9 октября 2010г. К 100-летию со дня рождения профессора Романа Львовича Боброва. СПб, 2011. С. 92-101.
- ⁵ Лукашук И.И., Шинкаревич Г.Г. Международное право. Элементарный курс. М., 2000. С. 63.
- ⁶ См.: Хлестов О.Н. Международное право и Россия // Московский журнал международного права. 1994. № 4. С. 52-59.
- ⁷ См.: Курдюков Г.И., Мамедов У.Ю. К вопросу о международной правосубъектности // Жизнь, отданная науке / Под ред. д.ю. н., проф. Железнова Б.Л., д.ю. н., проф. Курдюкова Г.И. Казань, 2004. С. 84-85.
- ⁸ См.: Фельдман Д.И., Фарукшин М.Х. Крах колониальной системы и некоторые вопросы международно-правового признания и правопреемства // Правоведение. 1962. № 2. С.118.
- ⁹ См.: Иванов Д.В., Гликман О.В. Международное право: основные понятия. Учебное пособие. М., 2010. С.71.
- ¹⁰ См.: Международное сотрудничество в области прав человека. Документы и материалы. М., 1993. С. 310.
- ¹¹ В официальной доктрине США нет формального требования о форме правления как условии признания, но фактически оно в последнее время предъявляется.
- ¹² См.: Grant, Thomas D. East Timor, the U. N. system, and enforcing non-recognition in international law In: Vanderbilt journal of transnational law. Band / Quelle Vol. 33 (2000) Nr. 2 S. 280.
- ¹³ См.: Grant Th. D. Op. cit. S. 278.
- ¹⁴ См.: История дипломатии. Т. V. М. 1979. С. 554-555.
- ¹⁵ См. также: Brownlie I. Principles of Public International Law. Fourth edition Oxford. New York, 1990. P. 98.
- ¹⁶ Курдюков Г.И. ООН о признании и непризнании в международном праве //Казанский журнал международного права. 2008. № 2. С. 4-10.
- ¹⁷ См.: Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда. 1948-1991. ООН. Нью-Йорк, 1993. С. 14.
- ¹⁸ О правовых аспектах борьбы за освобождение Намибии см.: Старушенко Г.Б. Мировой революционный процесс и современное международное право. М., 1978. С. 135-142.
- ¹⁹ См.: Краткое изложение... С. 100-101.
- ²⁰ См.: Основные факты об Организации Объединенных Наций. М., 2005. С. 363-365.

²¹ В частности, США наложили вето на прием Анголы (НРА) в ООН, в то время как НРА (1976г.) являлась членом ОАЕ и была признана де-юре более чем двумя третями государств-членов ООН. В этом случае, игнорируя принцип универсальности, США нарушили дух и букву Устава ООН. Новой вехой в развитии института признания стали критерии ЕС о признании республик бывшей Югославии, СССР и восточноевропейских государств.

²² Аннан К.А. Общая судьба – новая решимость. Годовой доклад о работе Организации за 2000 год. Нью-Йорк, 2000. С. 2.

²³ См.: Основные факты об Организации Объединенных Наций... С. 365-367.

²⁴ См.: Аннан К.А. Предотвращение войн и бедствий: глобальный вызов растущих масштабов. Годовой доклад о работе Организации за 1999г. Нью-Йорк, 1999. С. 31.

²⁵ См.: Hillgruber Ch. The Admission of New States to the International Community // *European journal of International Law*. 1998. № 9. P. 494-495.

²⁶ О проектах и планах кодификации института признания см., в частности: Фельдман Д.И. Признание государств в современном международном праве. Казань, 1965. С. 27.

²⁷ См.: Курдюков Г.И. Кодификация института признания в международном праве// *Международное право: вчера, сегодня, завтра*. К 100-летию со дня рождения профессора Романа Львовича Боброва. Тезисы докладов на научно-практической конференции. Санкт-Петербург, 8-9 октября 2010г. / Под ред. С.В. Бахина. СПб, 2010. С. 11.

²⁸ См.: *Международное публичное право. Учебник* / Отв. ред. К.А. Бекяшев. М., 2005. С. 97.

²⁹ Черниченко С.В. Принцип самоопределения народов (современная интерпретация) // *Московский журнал международного права*. 1996. № 4. С. 18.

³⁰ http://www.bbc.co.uk/russian/international/2010/09/100909_un_serbia_kosovo.shtml

³¹ См.: http://sd.net.ua/2009/09/10/rezoljucija_oon_juzhnaja_osetija_i_abkhazija__sostavnye_chasti_gruzii.html

Соотношение правовых систем.

Часть 1.

«Традиционные» доктрины соотношения международного права и внутригосударственного права

*Нефедов Б.И.**

Различные подходы к соотношению правовых систем высказывались многочисленными авторами в течение всего периода существования науки международного права, начиная с периода ее формирования, однако они первоначально были формализованы в виде «традиционных» фундаментальных теоретических концепций и доктрин только в 50-х годах XX века, причем в СССР. Само появление соответствующих теоретических конструкций, и эволюция представлений о них в дальнейшем, были вызваны существующим уровнем развития общественных отношений, а также изменениями в общественном и государственном строе и реальных интересов нашего государства в конкретных исторических условиях.

Так, русские дореволюционные авторы конца XIX – начала XX века в основном стояли в этом вопросе на позициях дуализма, а с момента создания Советского государства и вплоть до середины 50-х годов XX века у нас к соотношению международного и внутригосударственного права фактически господствовал государственно-монистический подход, хотя формально это на тот период выражено не было. С середины 50-х годов прошлого века советская доктрина вновь перешла на позиции дуализма. Именно в этот период в отечественной науке произошла формализация в виде «традиционных» фундаментальных теоретических концепций различных взглядов на соотношение международного и внутригосударственного права. При этом были выделены не три, как это принято считать, а четыре концепции – три буржуазных (две монистических и дуалистическая) и советская.

Ключевые слова: соотношение международного и внутригосударственного права; монистическая концепция; дуалистическая концепция; советская концепция.

* Нефедов Борис Иванович – д.ю.н., доцент, проректор Омской юридической академии по научной работе.

Традиционно считается, что исторически в теории права по поводу соотношения международного и внутригосударственного права возникли и существуют три основных направления: монистическое с приматом международного права, монистическое с приматом национального права и дуалистическое, хотя каждое из них и признается внутренне не однородным. Общим для монистических концепций является то, что их представители рассматривают международное и национальное право как части единой (универсальной, мировой, глобальной) правовой системы. Они отрицают самостоятельный характер международного и национального права, исходят из тезиса о том, что в мире существует единый правопорядок, в рамках которого международное и внутригосударственное право и составляют некое единое целое.

Дуалистическое понимание основывается на признании существования двух типов взаимодействующих между собой, но самостоятельных правовых систем: международного права и внутригосударственного права. Все дуалистические концепции исходят из того, что эти разные по типу правовые системы являются составляющими права как такового, имеют единую правовую сущность, но не образуют единой (универсальной) правовой системы.

Различные подходы к соотношению правовых систем высказывались многочисленными авторами в течение всего периода существования науки международного права, начиная с периода ее формирования, однако они были формализованы в виде фундаментальных теоретических концепций и доктрин только в 50-х годах XX века. Причем формализованы не где-то в науке международного права «вообще», а именно в нашем родном государстве, и только после этого произошла их рецепция (восприятие) ученым миром за рубежом. Поэтому чтобы разобраться с представлениями о «традиционных» доктринах соотношения международного и внутригосударственного права необходимо сделать небольшой экскурс именно в отечественную историю.

В нашем государстве, в течение исторически небольшого промежутка времени, подходы к соотношению международного и внутригосударственного права неоднократно менялись кардинально.

Так, русские дореволюционные авторы конца XIX – начала XX века (В.П. Даневский, С.А. Жигарев, Н.П. Иванов, П.Е. Казанский, М.Н. Капустин, Ф.Ф. Мартенс, А.Н. Стоянов, и др.), за небольшим исключением¹, фактически стояли на позициях дуализма, хотя формально это на тот период и не было выражено².

Но теоретические концепции вообще, и теоретические концепции соотношения международного и внутригосударственного права в частности, возникают не случайно и, как правило, отражают соответствующий уровень развития общественных отношений, а также вполне реальные интересы конкретных государств в данных исторических условиях. Ф.Ф. Мартенс подчеркивал, что «изучение истории международных отношений вообще и участие в них России в особенности привело нас к непоколебимому убеждению в том, что внутренняя жизнь и порядок государства обнаруживают роковым образом свое действие на международные его отношения и политику. Международные отношения всегда представляют зеркала, точно отражающее внутреннее состояние государственных обществ в известную эпоху их существования, равно и принципов, которые лежат в основании социального и политического их строя»³.

Так и в нашей стране, с возникновением советского государства подходы к соотношению международного и внутригосударственного права коренным образом изменились. И эти изменения были фактически предопределены особенностями сформировавшегося в СССР общественного и государственного строя, а также существующим раскладом сил на мировой арене.

В этих условиях политические и экономические интересы государства (как они понимались новой властью) потребовали, скажем так, дифференцированного подхода к международному праву, дающему возможность в необходимых случаях уклониться от исполнения международных обязательств. Дуалистическая концепция такой возможности не предоставляла, зато ее предоставляла монистическая концепция в том ее варианте, что уже исповедовался на тот период (с приматом национального права над международным правом). В результате в этот период в нашей стране происходит переход от дуалистического к монистическому пониманию соотношения международного и внутригосударственного права.

За теоретическим обоснованием такого перехода дело не встало.

Господствующая в тот период в нашем государстве доктрина исходила из отправного тезиса марксизма о том, что право — есть возведенная в закон воля господствующего класса. Отсюда делался «логичный» вывод о том, что любое право — есть диктат воли одного класса другому⁴. Международное право того периода, как созданное в первую очередь капиталистическими странами, рассматривалось, прежде всего,

как буржуазное право, а потому считалось возможным средством такого диктата со стороны «мировой буржуазии». Уже поэтому, по мнению сторонников такого подхода, оно не могло быть выше права «первого в мире государства рабочих и крестьян».

Таким образом, на этом этапе развития представлений о соотношении международного и внутригосударственного права в нашем государстве стал признаваться бесспорный примат национального права (прежде всего – советского, как обладавшего более высокой социальной сущностью⁵) над международным правом. Теперь уже, по словам И.С. Перетерского, «в затруднительных случаях судья (и иной применяющий право орган) должен искать решения не в каких-либо надгосударственных критериях международного общения, а в общих началах советского законодательства и общей политике рабоче-крестьянского правительства»⁶. Одновременно в советской доктрине был выдвинут тезис о существовании двух международно-правовых систем – социалистической и капиталистической⁷. При этом широко распространенными стали суждения о том, что советское международное право «должно быть включено в систему советского права как его отрасль»⁸. Из этого же тезиса закономерно были сделаны выводы о том, что «международное право в эпоху общего кризиса капитализма становится одной из форм, в которой протекает борьба двух систем»⁹, и что «...относительная ценность международного права переходной эпохи двояка: мост между буржуазной и социалистической половинами человечества не может не рухнуть в тот самый час, когда распадутся последние устои первой. Разросшееся до размеров всемирного «междусоветское право» – таково имя его прижизненного преемника»¹⁰.

В вопросе соотношения международного и внутригосударственного права в СССР того периода, «господствовал государственно - монистический подход»¹¹. Хотя опять же, формально это на тот период так же выражено не было.

Однако этот период закончился где-то к середине 50-х годов XX века, когда международная обстановка, а также место и роль Советского государства в семье народов коренным образом изменились. После победы в Великой Отечественной войне Советский Союз превратился в одну из двух сверхдержав. С созданием Организации Объединенных Наций он стал одним из пяти постоянных членов Совета Безопасности, решения которого, напомним, носят обязательный характер для всех государств – участников этой организации. К этому

же времени относится и формирование социалистического содружества, в котором признанным лидером становится СССР. Основной целью его создания было неуклонное выполнение всеми социалистическими государствами достигнутых между собой договоренностей и выступление единым фронтом в защиту тех или иных политических ситуаций или интересов, под которыми, прежде всего, понималось неукоснительное следование в фарватере соответствующей политики нашего государства. Кроме того, к этому времени (после смены руководства страны) наступили значительные перемены в политическом режиме СССР. Крайние формы тоталитаризма были оставлены в прошлом.

Изменилась и идеология внешней политики Советского государства. Вместо идеи о перманентной революции и мирном существовании как особой форме классовой борьбы в середине 50-х гг. провозглашается новый курс – на мирное сосуществование государств с различным социальным строем. Впрочем, меняется характер и самого международного права, «не являющегося более буржуазным»¹², что, в свою очередь, не могло не повлиять на отношение к нему СССР.

Со сменой парадигмы международного развития теория часто вынуждена пересматривать свои концептуальные (и методические) основы, так как они перестают соответствовать потребностям вновь наступившей эпохи. Основанная на классовом подходе идея о примате национального права над международным правом в новых условиях перестала быть (почти по Губеру) «выгодной» нашему государству.

Но в основе монистического представления о соотношении национального и международного права в предыдущий период лежала классовая теория права, которая на тот период все равно оставалась в нашем государстве единственным возможным подходом к оценке правовых явлений. Возник парадокс, который заключался в том, что отказ от монистической концепции, основанной на классовом подходе к международному праву и соотношению правовых систем, мог в тот период иметь место никак не иначе, как только опять же с ... классовых позиций.

Тогда советская международно-правовая доктрина, прежде всего, признала существование общего для всех государств международного права. Значительную роль в этом процессе сыграли работы Г.И. Тункина. Им была выдвинута теория согласования воли государств как основы нормотворчества в международном праве, сделан вывод о том, что в основе международного договора, а также международного обычая, лежит не возведенная в закон воля какого-то одного

класса, а соглашение государств, согласование их воли, в том числе государств с противоположным социально-экономическим строем¹³. Но этого было явно недостаточно. Вот тогда-то и произошло «оформление» различных подходов к соотношению международного и внутригосударственного права в виде самостоятельных формально определенных концепций.

Для достижения поставленной цели таких концепций должно было быть несколько. Это, прежде всего, как минимум две буржуазные концепции, которые следовало бичевать «слева» и «справа». Ну и, конечно же, «единственно верная» концепция советских юристов-международников, которая, прежде всего, должна была полностью отвергать идею любого примата (или преимущества) национального права над международным правом. Поэтому в нашей отечественной доктрине с самого начала выделялись не три концепции соотношения международного и внутригосударственного права, как это принято считать, а четыре: три буржуазных (две монистических и дуалистическая), а также ... советская (или социалистическая). В монистической теории соотношения международного и внутригосударственного права было выделено два направления. Первое из них исходило из примата международного права¹⁴, и было представлено в виде двух основных подходов – концепции Г. Кельзена¹⁵ и концепции Ж. Сселя¹⁶, поддержанных их многочисленными сторонниками.

По мнению Г. Кельзена международное право и внутригосударственное право представляют собой часть одной и той же системы норм, сила и содержание которых логически вытекают из единой основной нормы¹⁷. При этом международное право «может рассматриваться, если откинуть предположение о суверенности отдельных государств, как система норм, стоящая над национальными юридическими порядками и предоставляющая им равенство и соединяющая их в общеридическом порядке»¹⁸.

Ж. Ссель же считал, что единственным субъектом международного права есть индивид, являющийся особым «правопорядком», и поэтому международное право необходимо заменить термином «право людей», которое должно стоять выше права государства и отменять его нормы в случаях противоречия. По его мнению, норма международного права может «автоматически упразднить норму национального права постольку, поскольку она с ней не совместима», а «государство

есть правопорядок, непосредственно подчиненный международному правопорядку»¹⁹.

Несмотря на очевидные различия, объединяло эти теории то, что обе они были построены на принципе отрицания государственного суверенитета. Исходя из правильной в принципе посылки, что государство должно выполнять свои международные обязательства, они пришли к неверным выводам о том, что национальное право помимо воли и независимо от самого государства должно подчиняться международному праву.

Второе направление монистической концепции исходило из примата национального права над правом международным. Поскольку по понятным причинам речь при этом могла идти исключительно о «буржуазных апологетах», то общий подход к ней был таков: данная теория получила распространение в работах немецких ученых в конце XIX – первой половине XX века. В качестве представителей этой концепции обычно указывались Л. Цорн, М. Венцель²⁰, Е. Кауфман²¹ и др. Отмечалось, что они, основываясь на взглядах Гегеля, считавшего международное право правом «внешне-государственным», рассматривали международное право как совокупность «внешне-государственных» прав различных государств. При этом обычно приводились слова А. Цорна о том, что «международное право юридически является правом лишь тогда, если и поскольку оно является государственным правом» и «нормы международные являются правовыми нормами тогда, если они проявляют себя как составная часть национального права»²². Тот факт, что в данном случае речи нет о том, что международное и внутригосударственное право составляют какую-то единую правовую систему, поскольку международному праву было вообще отказано в существовании, был проигнорирован.

О советском подходе к соотношению международного и внутригосударственного права в предыдущий период предпочитали не вспоминать. Чтобы сохранить лицо в качестве крайнего, видимо как фигуры к тому времени достаточно одиозной, был определен А.Я. Вышинский. Из работы в работу в качестве негативного примера стали переходить его цитаты о примате советского права над международным правом. При этом было объявлено, что «точка зрения Вышинского, носящая на себе заметную печать волюнтаристских концепций, не находит сторонников среди советских юристов-международников, она не соответствует всему духу советской науки международного права»²³.

В то же время был сделан общий вывод о том, что «и теория примата международного права и теория примата внутригосударственного права носят реакционный характер»²⁴. Таким образом, позиции монизма были объявлены неверными, буржуазными и чуждыми, т.е. абсолютно неприемлемыми, в том числе (что и требовалось) с классовых позиций.

Более того, отмечалось, что в 30-х годах 20-го века идея примата внутригосударственного права над международным правом «была подхвачена юристами гитлеровской Германии». Она «изображалась ими как национал-социалистическая «доктрина» и использовалась для «обоснования» произвола германского империализма на мировой арене»²⁵. Это в целом соответствовало действительности, но подспудно, в контексте дискуссии, фактически ставило знак равенства между монистом, заявляющим о примате национального права над правом международным и пособником фашизма.

Обращает на себя внимание еще одно обстоятельство. В интересах решения одной задачи были вольно или невольно заложены основы будущей путаницы. В процессе формализации монистических концепций причудливым образом произошло совмещение разных понятий соотношений. Это, с одной стороны, соотношение абстрактной совокупности всех правовых систем в рамках общего понятия права и, с другой стороны, соотношения национального права конкретного государства и тех норм международного права, что являются для данного государства обязательными (в аспекте реализации предписаний международных норм опять же в данном государстве). Второе для каждой страны является индивидуальным. Признаки общего допустимо переносить на специальное и индивидуальное, перенесение же признаков индивидуального, то есть того, что выделяет данный предмет именно как индивидуальное, на общее недопустимо. Это обстоятельство еще скажется на характеристике «традиционных» доктрин соотношения правовых систем в дальнейшем.

Что касается дуалистического направления, то в качестве его основателей обычно указывались Г. Трипель, Д. Анцилотти и Л. Оппенгейм. Считалось, что они рассматривали международное и национальное право как абсолютно самостоятельные правовые системы, в силу чего те не могли пересекаться или вступать в конфликт. В подтверждение этого обычно приводилась следующая цитата Г. Трипеля: «Международное и внутригосударственное право суть не только различные отрасли права, но и различные правопорядки. Это два круга, которые тесно

не соприкасаются, но никогда не пересекаются ... Отношения, которые регулирует внутреннее право, являются непригодным объектом для международно-правового регулирования и наоборот»²⁶. Иногда цитировался и другой известный дуалист – Д. Анцилотти, который также писал, что «международное и внутригосударственное право ... представляют собой отдельные правовые порядки»²⁷, и потому отрицал возможность коллизий между международными и внутренними нормами²⁸.

В то же время всегда подчеркивалось, что в отличие от монистов дуалисты считали, что международное право «есть право не над суверенными государствами, а между ними»²⁹.

В целом отношение к дуалистической концепции было достаточно снисходительным. Она была признана не реакционной, а «буржуазно-демократической», при этом отмечалось, что в дуалистическом направлении «представлено либеральное крыло буржуазных ученых»³⁰. В результате дуалисты фактически были отнесены к разряду заблуждающихся, в то время как монисты – к разряду классовых противников. Так, в 6-ти томном Курсе международного права по поводу этих теорий говорилось следующее: «Подвергая критическому разбору основные буржуазные теории, советская наука осуждает узость и юридический догматизм дуалистической теории, ограничивающейся анализом формального соотношения международного и внутригосударственного права, и антинаучный и реакционный характер обеих монистических теорий (т.е. теории «примата» внутригосударственного права и теории «примата» международного права), искажающих действительность в угоду империализма»³¹.

В противовес монистической и дуалистической концепций соотношения международного и внутригосударственного права была выдвинута и «советская» или «социалистическая» доктрина³².

Суть ее заключалась в том, что, признавая правильность положения дуалистической теории в части того, что международное и внутригосударственное право представляют собой две самостоятельные правовые системы, не подчиненные одна другой, советские юристы-международники вместе с тем подчеркивали их взаимосвязь и даже взаимозависимость. Было введено понятие «соприкосновения» правовых норм, принадлежащих к двум различным системам права, которое «происходит отнюдь не как подчинение одной системы права другой, а как взаимное согласование, взаимное дополнение, конкретизация одних норм

с помощью других, или, наконец, как коллизия этих норм, требующая специальных способов для своего разрешения»³³.

Считалось, что в отличие от социалистической доктрины дуалисты не вышли за рамки формально-догматического подхода³⁴, «увлеклись анализом особенностей отношений международного и внутригосударственного права и настолько их гипертрофировали, что не признали возможным соотношение правовых систем и их элементов между собой»³⁵. На самом деле это мало соответствовало действительности. Тот же Г. Трипель в своих работах исследовал многие вопросы взаимосвязи между обоими правопорядками: рецепцию и репродукцию положений международного права внутригосударственным правом и наоборот; отсылку одного права к другому; перенесение действия норм одной правовой системы в рамки другой и т. д. При этом он прямо писал о том, что «основной темой его дискуссии является исследование взаимоотношений между двумя этими системами права»³⁶. Он подчеркивал, что «для того, чтобы международное право смогло выполнить свою задачу, оно постоянно должно обращаться за помощью к внутреннему праву. Без него оно во многих отношениях является совсем бессильным»³⁷. Что касается другого представителя дуалистической концепции – Д. Анцилотти, то, как не раз отмечалось в литературе³⁸, он достаточно подробно остановился на такой форме связи международного и национального права, как отсылка. Таким образом, по основным выводам советская и дуалистическая концепции между собой фактически ничем принципиально не отличалась. И здесь и там присутствовал общий вывод о том, что международное и внутригосударственное право являются самостоятельными нормативными правовыми системами, которые взаимодействуют друг с другом, но имеют специфические субъекты и источники права, а главное – самостоятельные объекты правового регулирования. Международное право регулирует межгосударственные отношения, а национальное право – внутригосударственные отношения. Каждая является высшей в своей сфере. Но принять на вооружение «буржуазную» теорию было нельзя. Отсюда и возникла задача установления принципиальных отличий дуалистической и советской концепций соотношения разнотипных правовых систем. Думается, что, решая эту задачу, именно советская доктрина в целях обоснования своего самостоятельного подхода к вопросу о соотношении правовых систем несколько гипертрофировала идею дуалистов о независимости этих систем друг от друга³⁹.

Установившаяся определенность продолжалась недолго. Уже в конце 50-х, начале 60-х годов прошлого века в нашем государстве произошли события, потребовавшие пересмотра сложившихся было представлений о содержании «традиционных» концепций соотношения международного и национального права.

Ratio of Legal Systems. Part 1. “Traditional” Doctrines on the Ratio of International and National Law (Summary)

*Boris I. Nefedov**

Different approaches to the ratio of legal systems have been expressed by numerous authors during the entire period of the existence of international law, beginning with the period of its formation, but they were initially formalized in the form of “traditional” fundamental theoretical concepts and doctrines in the middle of the twentieth century, and only in the USSR. The very appearance of the relevant theoretical formations and the evolution of ideas about them later on, were caused by the existing level of development of social relations, as well as changes in the social and political system and the true interests of our government in the specific historical conditions.

Thus, the pre-revolutionary Russian authors of the late XIX – early XX century were mostly supporters of the dualistic approach, but after the establishment of the Soviet Union and until the mid-50’s of the twentieth century, during the ratio of international and domestic law actually dominated the state-monistic approach, although technically it was not officially expressed at the time. Since the mid 50’s of the previous century the Soviet doctrine again moved to the position of dualism. It was during this period, that in the domestic doctrine a formalization of “traditional” fundamental theoretical concepts of different views on the relation of international and domestic law were created. In this case, there were not three-, as is commonly believed, but four concepts – three bourgeois (two monistic and dualistic) and a Soviet.

Keywords: the ratio of international and domestic law; monistic concept; dualistic concept; the Soviet concept.

* Boris I. Nefedov – Doctor of Laws, assistant professor, Vice Provost for Research of the Omsk Academy of Law.

¹ Обычно в качестве таковых в литературе упоминаются Н.А. Безбородов, О.О. Эйхельман и Э.К. Симсон. См. например: Левин Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX века. - М., 1982. С. 68.

² См.: Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1895, Т. 1; Капустин М.Н. Обзорные предметы международного права. М., 1856. Вып. 1-4.; Даневский В.П. Пособие по изучению истории и системы международного права. Харьков. 1892. Вып. 1-2; Казанский П. Е. Введение в курс международного права. Одесса., 1901.; Иванов Н.П. Характеристика международных отношений и международного права в историческом развитии. Казань., 1874; Жихарев С.А. Россия в среде европейских народов по данным истории международных общения и права в 18 и 19 вв. Историко-юридические очерки. СПб., 1910 и др.

³ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1895. Цит. по Кодан С.В. Исторический контекст взаимодействия национального и международного права в Российской империи (XV11 – начало XX века) // Международное и внутригосударственное право в условиях глобализации: проблемы теории и практики : материалы междунар. науч. конф. 25-28 апр. 2011 г. М. : РАП, 2012. С. 98.

⁴ См.: Стучка П.И. Мой путь и мои ошибки // Советское государство и революция права, 1931, № 5-6. С. 70.

⁵ См., например, 3 Вышинский А. Я. Вопросы международного права и международной политики. М., 1949. С. 481.

⁶ Перетерский И. С. Очерки международного частного права РСФСР. М. 1924 С. 18.

⁷ Он просуществовал как принцип вплоть до 50-х годов, а в отдельных работах дожил почти до 1990-х годов 20-го века. См.: Международное право: учебник / отв. Ред. В.И. Кузнецов, Б.Р. Тузмухамедов. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2007. С. 34.

⁸ Голунский С. А., Строгович М. С. Теория государства и права. М. 1940. С. 301. Такого же мнения придерживался Е.А. Коровин. См.: Коровин Е. А. Пролетарский интернационализм и международное право. М., 1959 и др.

⁹ Пашуканис Е. Очерки по международному праву.- М.,1935.- С.17-18.

¹⁰ Коровин Е. А. Международное право переходного периода.- М.,1924.- С.13.

¹¹ Капустин А. Я. Конституция России о соотношении международного и российского права // Конституции России 10 лет: опыт реализации: опыт реализации : материалы всерос. науч.-практ. конф. Тюмень: Изд-во Тюмен. гос. ун-та. 2003. С. 124.

¹² Курс международного права: в 7 т. М.: Наука, 1989. Т. 1. С. 277.

¹³ Тункин Г. И. Основы современного международного права. 1956. С. 11-12. Его же. Вопросы теории международного права. 1962. С. 66-175.

¹⁴ Общим для этих концепций было то, что исходя из правильной в принципе посылки, что государство должно выполнять свои международные обязательства, они пришли к неверным выводам о том, что национальное право должно подчиняться международному праву, помимо государства и независимо от его воли.

¹⁵ См., напр.: Kelsen H. Das Problem der Sbuveranitat und Theorie des Völkerrechts. Tübingen 1920; Kelsen H. Allgemeine Sltatslehre. Berlin, 1925; Kelsen H. Reine Rechtslehre. Lpz, 1934; Kelsen H. General theory of law and state. Camb. (Mass.), 1945.

¹⁶ См., напр.: Scelle G. Precis de droit des gens, principes et systematique-Paris: Recueil Sirey, 1932/34. t. 1; Scelle G. De la pretendue inconstitutionnalite interne des tvaites. Revue de droit public et de sciences poliliques, 1952; Scelle G. Precis du droit des gens P., 1934.

- ¹⁷ Отметим, что в дальнейшем, в своей работе «Общая теория норм» (опубликованной посмертно Институтом Ганса Кельзена) Г. Кельзен пересмотрел свои взгляды на основную норму и отнес ее к числу юридических фикций: «Основная норма является не гипотезой, как я сам характеризовал ее иногда... а фикцией». См.: Kelsen H. Allgemeine Theorie der Normen. Wien. 1979.
- ¹⁸ Kelsen H. The Pure Theory of Law and Analitical Jurisprudence, Harward Law Review, November 1941. Цит. по кн. А. Я. Вышинского, «Вопросы международного права и международной политики», Госюриздат, 1949, стр. 472-473.
- ¹⁹ Scelle G. Cours de droit international public. Paris. 1948. P.104.
- ²⁰ См.: Wenzel M. Juristische Grundprobleme. 1920
- ²¹ См.: Kaufmann E. Die Rechtskraft des internationaleri Rechts und das Verhaltniss der Staatsgesetsgebun-gen und der Staatsorgane /u demselben, Stuttgart. 1899.
- ²² Zorn A. Crundzüge des Volkerrechts. Leipzig: J.J. Weber.1903. P.315.
- ²³ Курс международного права : в 6 т. М. : Наука, 1967. Т. 1. С. 209.
- ²⁴ Блищенко И. П. Международное и внутригосударственное право. М., 1960. С.238.
- ²⁵ Курс международного права : в 6 томах. М.: Наука, 1967. Т. 1. С. 199.
- ²⁶ Triepel H. Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig, 1899. S.19.
- ²⁷ Анцилотти Д. Курс международного права. М. : Иностран. лит. 1961. Т. 1. С. 66.
- ²⁸ Там же С. 69.
- ²⁹ Оппенгейм Л. Международное право. М., 1948. Т. 1. С. 55.
- ³⁰ Курс международного права : в 7 т. М. : Наука, 1989. Т. 1. С. 278.
- ³¹ Курс международного права : в 6 т. М. : Наука, 1967. Т. 1. С. 206. Правда, Д.Б. Левин по поводу таких коллизий считал, что «в практике Советского Союза и стран народной демократии коллизии между нормами международного права и нормами внутригосударственного права невозможны». См.: Левин Д.Б. Основные проблемы современного международного права. М. : Госюриздат, 1958. С. 128.
- ³² См., напр.: Ладыженский А.М. К вопросу о взаимоотношении внутригосударственных и международно-правовых норм // Ученые записки Ростов. на /Д гос. ун-та. 1957. Т. 68. Вып. 4, Ч. 1, С. 60-61; Левин Д.Б. Основные проблемы современного международного права. М.: Юриздат, 1958. С. 114-115; Тункин Г. И. Основы современного международного права. М., 1956. С. 8-9; Шуршалов В.М. Основные вопросы теории международного договора. М: Изд-во АН СССР, 1959. С. 314 и др.
- ³³ Курс международного права: в 6 т. М. : Наука, 1967. Т. 1. С. 204-207.
- ³⁴ Там же. С. 210
- ³⁵ См.: Буткевич В. Г. Соотношение внутригосударственного и международного права. М., 1982. С. 53.
- ³⁶ Triepel H. Les rapports entre le droit intern et le droit international. – Recueil des cours de L'Academie de droit international, 1925, P. 92.
- ³⁷ Ibid., P.106.
- ³⁸ См., например: Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М., 1982. С. 10.
- ³⁹ Не случайно уже к середине 90-х годов XX века в литературе о советской доктрине практически уже не встретишь упоминания, речь идет только о приверженности или отрицании дуалистического подхода.

ПРАВО МЕЖДУНАРОДНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Свобода открытого моря и борьба с терроризмом

*Анянова Е.С.**

*Кулебякин В.Н.***

В статье рассматривается введение контроля за судами, находящимися в открытом море, с целью предотвращения распространения оружия массового уничтожения (ОМУ) и его попадания в руки террористических группировок. Данные меры реализуются в рамках Инициативы по безопасности в борьбе с распространением оружия массового уничтожения (ИБОР-ОМУ) и Протоколов 2005 г. к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 1988 г. (далее – Конвенция 1988 г.), а также Протокола о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе, 1988 г. (далее – Протокол 1988 г.) Названная Инициатива закреплена в ряде двусторонних соглашений. Протокол 2005 г. к Конвенции 1988 г. ратифицирован незначительным количеством государств, что подчеркивает неоднозначное восприятие мировым сообществом действий, по существу означающих ограничение свобод открытого моря. В связи с этим говорить о формировании новых норм, направленных на борьбу с деятельностью, связанной с терроризмом в данной области, преждевременно.

* Анянова Екатерина Сергеевна – к.ю.н., докторант кафедры международного права МГИМО (У) МИД России . Ekaterina.Anyanova@gmail.com.

** Кулебякин Вячеслав Николаевич – к.ю.н., профессор кафедры международного права МГИМО (У) МИД России.

Ключевые слова: охрана мореплавания; свобода судоходства; терроризм на море; оружие массового уничтожения.

События 11 сентября 2001 г., террористические акты в России, Испании и других странах заставили мировое сообщество сделать вывод, что для борьбы с терроризмом необходимо повышение уровня безопасности. Дополнительные меры должны быть приняты повсеместно с тем, чтобы предотвратить крупномасштабные террористические нападения. Ряд резолюций Совета Безопасности ООН недвусмысленно охарактеризовал террористические атаки как угрозу международному миру и безопасности, тем самым причислив терроризм к наиболее тяжким международным преступлениям.

Одним из самых уязвимых участков с точки зрения контроля над связанной с терроризмом деятельностью является открытое море. Свобода открытого моря, включающая в себя свободу мореплавания, не означает, что данная территория должна стать неконтролируемым «оазисом» для противоправной деятельности, в особенности для терроризма и транспортировки ОМУ. В ст. 88 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. (далее – Конвенция 1982 г.) подчеркивается, что открытое море резервируется только для мирных целей. Однако как основание для борьбы с терроризмом и транспортировкой ОМУ данное положение представляется слишком общим и недостаточным. Необъятность Мирового океана и его огромное значение для экономики привели к правовому формированию понятия открытого моря, на которое не распространяется территориальный суверенитет государств на протяжении веков¹. Принцип свободы открытого моря стал одним из основных принципов международного права². В истории международного права свобода открытого моря была признана не всегда. Попытки ограничить свободу открытого моря по политическим причинам происходили постоянно: запрет пользоваться Эгейским морем во время военных действий между Афинами и Спартой, расширение власти Венеции над Адрией³ в 1000–1500 гг., притязания британских, голландских, испанских и португальских властей на части мирового океана вплоть до XIX в. Как юридическая концепция свобода открытого моря сформировалась в международном праве в XVII в. (исследование Гуго Гроция “*Mare Liberum seu de jure quod Batavis competit ad indicana commercia dissertation*” из книги “*De iure praedae*”, где он защищал интересы других государств, включая Нидерланды, от исключительной

власти Великобритании над морскими территориями и морскими путями⁴). Концепция не была признана во время жизни Гроция и наткнулась на сильную критику со стороны английского юриста Селдена в его концепции *Mare Clausum*, защищающей в интересах Англии присвоение морских пространств. После этой «битвы концепций» Гроций стал самым цитируемым автором на века, а свобода открытого моря стала правилом международного обычного права. В результате работы третьей конференции Организации Объединенных Наций (ООН) по морскому праву 1973-1982 гг. была принята Конвенция 1982 г. Статья 87 этой Конвенции предусматривает, что открытое море должно быть открыто для всех государств, в том числе и для не имеющих выхода к морю. Свобода открытого моря включает в себя свободу судоходства, свободу полетов над ним, свободу прокладывать подводные кабели и трубопроводы, свободу возводить искусственные острова и другие сооружения, свободу рыболовства и свободу научных исследований. Свобода открытого моря осуществляется с соблюдением международного права и с учетом интересов всех государств.

Весь ход исторического развития самой концепции свободы судоходства демонстрирует, что данная свобода была провозглашена для того, чтобы сделать открытое море свободным от территориальных притязаний любого из государств, облегчить в первую очередь торговый оборот, но ни в коем случае не создать «оазис» для преступников и противоправной деятельности. Свобода судоходства не является абсолютной. Она подвержена определенным ограничениям⁵. Все эти ограничения направлены на защиту общих интересов мирового сообщества (безопасность судоходства, защита окружающей среды и т.д.). Самое главное – чтобы подобный контроль над территорией открытого моря не становился чрезмерным. «Правильный баланс»⁶ между свободой, безопасностью и охраной мореплавания является одной из основных задач современного международного права. В соответствии с международным правом в открытом море государство флага обладает исключительной юрисдикцией над своим судном (ст. 92 Конвенции 1982 г.) Однако третьи государства также могут обладать некоторыми правами в отношении иностранных судов в открытом море. Такие права должны быть четко отражены в Конвенции 1982 г. либо в другом соглашении⁷. В частности, ст. 110 Конвенции 1982 г. предусматривает право посещения, обыска, задержания, ареста и преследования судов в открытом море, если имеются основания подозревать,

что их экипажи занимаются пиратством, работоторговлей, несанкционированным вещанием, а также если судно не имеет национальности или если судно имеет в действительности ту же национальность, что и осматривающее судно. Также свобода открытого моря может быть ограничена в целях борьбы с контрабандой, незаконным оборотом наркотических и психотропных веществ, в случае аварий, приводящих к загрязнению моря нефтью и др.

Значительные опасения стала вызывать возможность транспортировки ОМУ в открытом море, а также беспрепятственное передвижение там террористов. Вопрос противодействия террористическим группировкам в открытом море недостаточно урегулирован в международном праве.

Одним из первых документов по охране судоходства была Резолюция Ассамблеи Международной морской организации (ИМО) А.545 (13), принятая в ноябре 1983 г. «Меры по предотвращению актов пиратства и вооруженного разбоя в отношении судов»⁸. Резолюция касалась вопросов пиратства (в открытом море или в исключительной экономической зоне) и вооруженных нападений на суда.

Следующая резолюция А.584 (14) «Меры по предотвращению незаконных актов, которые угрожают безопасности судов, а также их пассажирам и экипажу»⁹ по теме охраны судоходства была принята 20 ноября 1985 г. на 14 сессии Ассамблеи ИМО. В 1986 г. был принят Циркуляр Комитета по безопасности на море № 443 «Меры по предотвращению незаконных актов, направленных против пассажиров и экипажей на борту судов»¹⁰.

Проблема морского терроризма обсуждалась на заседании Шестого комитета Генеральной Ассамблеи ООН. Специальное положение включено в резолюцию 40/61¹¹, предусматривающее изучение проблемы терроризма в отношении морских судов и принятие соответствующих мер. В результате 10 марта 1988 г. на конференции в Риме была принята Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства. Протокол, принятый совместно с Конвенцией, распространяет ее положения на стационарные платформы, расположенные на континентальном шельфе.

Оба документа вступили в силу 1 марта 1992 г. К настоящему времени 160 государств ратифицировали Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства. Протокол 1988 г. был ратифицирован 148 государствами.

После 11 сентября 2001 г. опасения, вызванные способностью террористов транспортировать оружие по морю и даже уходить от преследования, были усилены возросшим количеством случаев задержания подозрительных судов. Так, суда под флагами Йемена, Сомали и тихоокеанского острова Тонга были обнаружены секретными службами США и Норвегии и предположительно принадлежали сети Аль-Каида. В 2003 г. восемь пакистанцев, пытаясь избежать задержания, прыгнули в воду с судна в итальянском порту Триест. Судно шло из Каира. Тогда же были арестованы 15 пакистанцев, которые находились на борту грузового судна в Касабланке (Марокко) с денежными средствами, фальшивыми документами и картами итальянских городов. Тот факт, что большинство судов, где были обнаружены подозрительные лица, находились под флагами государств, широко применяющих практику «удобного флага» (Панамы, Либерии и др.), подчеркивает необходимость тщательно контролировать международное судоходство.

С целью легализации контроля судов в открытом море для предотвращения транспортировки ОМУ, а также радиоактивных материалов США выдвинули инициативу ИБОР-ОМУ. Данная программа была поддержана Австралией, Францией, Германией, Италией, Японией, Голландией, Польшей, Португалией, Испанией, Великобританией, которые 4 сентября 2003 г. в Париже приняли Заявление о принципах Инициативы. В Заявлении подчеркивается необходимость противодействия транспортировке ядерного, химического и биологического оружия. Также в нем указывается, что все действия будут предприниматься в соответствии с национальным и международным правом. Участники Инициативы обязуются не транспортировать и не способствовать транспортировке ОМУ, а также препятствовать в совершении подобных действий любому лицу, находящемуся под их юрисдикцией. Инициативой предусматривается при наличии достаточных оснований возможность подняться на борт и осмотреть любое подозрительное судно за пределами территориального моря. Подозрительный груз может быть арестован.

В рамках заключенных между государствами соглашений допускается применение оружия для обеспечения безопасности контролирующего персонала на борту судов, не превышая, однако, минимальной степени применения оружия, которая необходима и адекватна при данных обстоятельствах. Особо подчеркивается неотъемлемое право каждого сотрудника службы безопасности на самооборону. Если судно,

которое должно быть подвергнуто инспекции, находится под флагом государства – участника Инициативы, компетентный орган данного государства предварительно запрашивают о согласии¹². Подобные меры в отношении третьего государства интерпретируются участниками Инициативы не как ограничение его суверенитета, а как подтверждение того, что государства работают вместе на правовой основе. Определенным преимуществом является требование о своевременном информировании государств – участников Инициативы о предполагаемой угрозе. Для проведения указанных операций предусмотрены соответствующие меры предосторожности. В частности, при проведении инспекции государство должно не ставить под угрозу безопасность жизни на море, должным образом учитывать охрану судна и его груза, коммерческие и торговые интересы государства флага, обеспечивать доступными средствами экологическую безопасность, охрану человеческого достоинства лиц, находящихся на борту досматриваемого судна, соблюдение прав человека, а также возможность капитана судна как можно скорее связаться с собственником судна, его администратором или государством флага. Позднее для участия в этой Инициативе были привлечены государства «удобных» флагов: Либерия, Панама, Багамы, Греция, Мальта, Кипр, Маршалловы острова, Сент-Винсент и Гренадины. На настоящий момент участниками Инициативы стали более 100 государств. Несмотря на значительные усилия, программу ИБОР-ОМУ не подписали Китай, Индия, Индонезия, Малайзия, Пакистан и Южная Корея. После некоторых оговорок к Инициативе присоединилась Россия.

Многие специалисты указывают, что программа не доработана. К примеру, отсутствуют четкие критерии для принятия решения об осмотре или задержании подозреваемого судна. Еще одним из недостатков данной Инициативы считается тот факт, что для программы не были созданы ни секретариат, ни формальная организация, которая выступала бы в качестве координирующего органа. В рамках Инициативы регулярно проводятся учения, в том числе имитации поднятия на борт судов, с целью отработки соответствующих процедур. Такие тренировки направлены на то, чтобы сделать Инициативу более «популярной» среди общественности, а также придать ей черты устрашающего средства для потенциальных преступников.

В международном морском праве борьба с терроризмом как повод для задержания иностранного судна в открытом море не предусмотрен.

Нестыковка Инициативы с положениями Конвенции 1982 г. в отношении свободы открытого моря и права мирного прохода объясняется значительностью угрозы распространения ОМУ. По вопросам юридического обоснования Инициативы однозначного мнения не сформировалось. Некоторые критиковали данную Инициативу, как оставшуюся за пределами действующего международного права. Некоторые обосновывали данные программы Резолюциями СБ ООН 1540¹³ и 1718¹⁴, а также принятыми позднее Протоколами 2005 г. к Конвенции и Протоколу 1988 г. и имеющимися в рамках данной программы соглашениями с государствами. Также в качестве обоснования ИБОР-ОМУ упоминалось право государств на самооборону в соответствии с положениями ст. 51 Устава ООН.

В соглашениях между правительством США и правительствами других государств о сотрудничестве в борьбе с распространением ОМУ, средств доставки и соответствующих материалов по морю упоминаются положения Резолюции СБ ООН 1540 (2004), Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и его уничтожении, 1993 г., Договор о нераспространении ядерного оружия, 1968 г., Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении, 1972 г., Международный Кодекс по охране судов и портовых средств, 2002 г., Протоколы 2005 г., двусторонние соглашения между Правительством США и Правительствами других государств в отношении правовой помощи по затронутым аспектам, а также положения международного обычного морского права и Конвенции 1982 г. Несмотря на попытки обосновать Инициативу уже имеющимися международно-правовыми актами, ссылки на них носят, скорее, общий характер. Представляется, что для придания Инициативе подлинного международно-правового статуса необходимо ее договорное оформление и увязка с принципами международного морского права. Этому могло бы способствовать создание специализированной организации (либо спецоргана в рамках ИМО), которая занималась бы обменом информацией между участвующими государствами, деятельностью по координации совместных усилий и финансированием. Такой организацией могут разрабатываться рекомендации или приниматься определенные решения касательно производимых инспекций судов. Случаи задержания иностранных судов в открытом море и недостаточная правовая обоснованность

Инициативы вызвали не только критику, но и предложения обратиться в Международный Трибунал по морскому праву или любой другой компетентный в этом отношении юридический орган¹⁵, что, однако, до сих пор не было сделано. Недостаточная легитимность процедуры задержания в рамках Инициативы, неурегулированные вопросы ответственности и двусторонний характер Инициативы¹⁶ стали причинами того, что первоначально выбранный подход двусторонних соглашений было решено сделать временным. Имеются опасения, что ОМУ может быть незаконно провезено через территорию государства, не участвующего в Инициативе. На проходившей в 2001 г. 22 сессии Ассамблеи ИМО была принята Резолюция А 924 (22) «Об обзоре мер и процедур для предотвращения террористических актов, угрожающих безопасности пассажиров и экипажей, а также безопасности судов»¹⁷. Резолюция была посвящена необходимости пересмотра существующих норм безопасности. Комитету по безопасности на море, Правовому Комитету и Комитету по упрощению формальностей было поручено оценить необходимость пересмотра соответствующих документов, включая Конвенцию и Протокол 1988 г. Правовой комитет начал рассмотрение новых мер по охране мореплавания на своей 84 сессии, которая проходила 22–26 апреля 2002 г. США внесли большую часть предложений по пересмотру существующих документов. Эти предложения сформировали «основу»¹⁸ для пересмотра Конвенции и Протокола 1988 г. Во время обсуждения поправок Турция предложила изменить название конвенции на «Террористические акты и преступления, содействующие совершению актов, направленных против безопасности морского судоходства и охраны морского судоходства». Предложение было отклонено, так как участники конференции опасались, что переговоры в отношении определения понятия терроризма затянутся на очень продолжительный период времени. Разработка окончательной версии поправок в форме Протоколов к Конвенции и Протоколу 1988 г. продолжилась три с половиной года. Протоколы были приняты на дипломатической конференции, которая проводилась в октябре 2005 г. При этом не только Протоколы 2005 г., но и сама Конвенция не ратифицированы многими странами Африки и Азии. Что касается непосредственно Протоколов 2005 г., то они не ратифицированы не только Российской Федерацией, но и самими инициаторами данных поправок – США. Таким образом, глобальной поддержки данные инициативы не нашли.

В отношении их будущего сложно сделать определенные прогнозы. Если повышение уровня безопасности на морском транспорте окажется достаточным для предотвращения террористических актов на море, скорее всего, данные документы так и останутся начатой, но незавершенной инициативой по усилению глобального контроля над территорией открытого моря. Однако история развития морского права, в частности, принятие Конвенции по охране человеческой жизни на море (СОЛАС), 1974 г., а также Конвенции относительно вмешательства в открытом море в случаях аварий, приводящих к загрязнению нефтью, 1969 г., свидетельствует об определенной особенности формирования международного морского права. Как и во многих других отраслях международного права, поправки в правовой режим морского судоходства вносятся после того, как происходит очередное чрезвычайное происшествие. Видимо, и в данном случае, если произойдет следующий теракт на море, мировым сообществом все-таки будет принято решение об усилении контроля за транспортными средствами в открытом море, что в свою очередь «подтолкнет» ратификацию указанных выше документов.

Ст. 8bis Протокола к Конвенции 1988 г. предусматривает возможность для представителей третьего государства посещать, обыскивать, задерживать судно в открытом море, груз и персонал на борту и применять силу при необходимости, если имеются разумные основания полагать, что судно или лицо на борту судна вовлечены в совершение преступления, предусмотренного Конвенцией 1988 г., Протоколом 1988 г., либо Протоколами 2005 г.

Во время названной конференции было подчеркнуто, что вступление иностранных представителей на борт судна в открытом море должно быть исключением, а не общим правилом. Для применения такой процедуры необходимы четкие основания. Правовой комитет ИМО во время своей встречи в апреле 2004 г. признал, что поднятие на борт судна является «вторжением» в основополагающий принцип свободы судоходства в открытом море и исключительную юрисдикцию государств флага над своими судами. Представители судоходной промышленности подчеркивали, что они полностью понимают и разделяют опасения по вопросам охраны морского судоходства. Тем не менее, свобода судоходства должна быть гарантирована. Посещение судна (и дальнейшие меры) в открытом море представителями иностранного государства должны проводиться только при выраженном разрешении государства флага. Это разрешение может быть сделано на индивидуальной

основе в отношении каждого судна или посредством специального сообщения Генеральному секретарю ИМО заранее.

В соответствии с положениями ст.8 *bis* государства-участники принимают во внимание опасности и трудности, связанные с высадкой на судно в море и досмотром его груза. Для этого государство, запрашивающее разрешение у государства флага, просит подтвердить заявление о национальности и разрешение высадиться на судно и принять в отношении этого судна надлежащие меры, которые могут включать остановку судна, досмотр судна, его груза и лиц на борту, а также опрос экипажа с целью определить было ли совершено, совершается или готово совершиться преступление. Государство флага может разрешить совершить такие действия или ответить отказом. Одной из дополнительных гарантий могло бы быть предупреждение других сторон о наличии риска в регионе, если запрашиваемая сторона не отвечает. Запрашивающий Участник незамедлительно информирует государство флага о результатах высадки, досмотра и задержания. В ст. 8 *bis* рекомендуется избегать применения силы, кроме случаев, когда это необходимо для обеспечения безопасности. В качестве дополнительных гарантий соблюдения норм международного права во время производимых инспекций ст.8*bis* (10) предусматривает необходимость обеспечения безопасности человеческой жизни, судна и его груза, экологической безопасности на море, соблюдения норм международного права в области прав человека и международного права в целом, а также учета коммерческих и юридических интересов государства флага. Также необходимо проинформировать капитана судна о намерении произвести высадку на судно и предоставить капитану возможность связаться с собственником судна и государством флага при первой же возможности. Таким образом, капитан может проверить, была ли высадка на борт судна разрешена соответствующим образом. Такая гарантия необходима. Легко представить себе ситуацию, когда капитан, находясь в открытом море, решит, что досматривающее судно является пиратским. С другой стороны, также можно представить себе ситуацию, когда пираты поднимаются на борт судна с позволения капитана, который полагает, что это действия, производимые в соответствии с Протоколом. Кроме того, досмотр судна, перевозящего определенные вещества, к примеру, легковоспламеняющиеся, является очень опасным.

Государства должны стараться избежать необоснованного задержания судна. В ст.8 *bis* (10) (b) предусмотрена ответственность

за причиненные ущерб, вред или убытки при необоснованности инспекций, либо их противоправности. Это положение было включено в текст Протоколов 2005 г. для того чтобы гарантировать обоснованность задержаний. Специальные правила для компенсации за любые вред, ущерб или потери в результате неправомерных действий были заимствованы из ст.110(3) Конвенции 1982 г. Статья 8 *bis* (10)(d) предусматривает, что на должностных лицах правоохранительных органов или других уполномоченных должностных лицах должны быть четкие внешние знаки, позволяющие опознать их как состоящие на государственной службе. Государство-участник также должно гарантировать, что исполняющие данные меры официальные лица обладают соответствующей компетенцией для их осуществления.

Анализ сложившегося положения позволяет сделать вывод, что в международном праве вопрос борьбы с терроризмом в открытом море недостаточно урегулирован. Угроза терроризма требуют от международного сообщества осуществления, в первую очередь, совместных действий¹⁹. Ведущая роль здесь принадлежит Совету Безопасности ООН. В определенной степени Протоколы 2005 г. к Конвенции и Протоколу 1988 г. направлены на заполнение этого пробела. В то же время программа по осуществлению контроля за судами в открытом море в целях борьбы с терроризмом вызвала существенные опасения со стороны основных судоходных держав, и вследствие этого меры по досмотру судов до настоящего времени не были ими одобрены. Это относится и к официальной позиции Российской Федерации, которая также не ратифицировала указанные Протоколы. Подход России к ИБОР основан на том, что вся деятельность в рамках Инициативы должна осуществляться на следующих принципах:

- совместимость с нормами международного права, в том числе с положениями международных договоров в области нераспространения и экспортного контроля;
- соответствие национальным законодательствам;
- совпадение оценок угроз и добровольность в принятии решений;
- воздержание от препятствий законному экономическому и научно-техническому сотрудничеству;
- задействование потенциала ООН и других международных институтов и механизмов;
- ненаправленность априори против каких-то отдельных стран.

Государства Группы 8-ми подчеркивают, что предотвращение распространения оружия массового уничтожения и средств его доставки является важнейшим фактором для поддержания международного мира и безопасности. Особое значение придается принятию эффективных мер борьбы с незаконным оборотом ОМУ-материалов и средств их доставки среди прочего через укрепление практических возможностей в области правоприменения, а также путем введения и укрепления эффективных мер экспортного контроля, в том числе с помощью Инициативы по безопасности в борьбе с распространением ОМУ. Безусловно, борьба с терроризмом – этой чумой XXI в. должна быть комплексной. В данном контексте нельзя допустить, чтобы огромная территория, каковой, в частности, является открытое море, не была охвачена режимом противодействия терроризму. Однако первостепенной задачей остается наделение международного сотрудничества в этой области твердой международно-правовой основой. Без этого антитеррористические акции могут стать лишь удобным прикрытием для произвола, недопустимого злоупотребления силой. Многолетние, пока бесплодные, попытки разработать всеобъемлющее соглашение по борьбе с терроризмом, наконец, должны увенчаться положительным результатом. Для этого требуется только одно условие – реальная добрая воля со стороны большинства государств. Те, кто будет против, поставят себя в незавидное положение.

Основным препятствием является двустандартность подходов к проблеме терроризма. Целый ряд государств, кто открыто, кто тайно, либо инспирируют террористические акции, либо спонсируют их, используя в своих политических интересах. Борьба с терроризмом будет успешной только тогда, когда международное сообщество однозначно признает террор тягчайшим международным преступлением, влекущим за собой ответственность как государств, поощряющих террористические группировки либо преступно бездействующих, уклоняющихся от борьбы с террористическими проявлениями, так и конкретных исполнителей террористических атак.

Террористы должны в полной мере осознавать, что международное сообщество едино в неприятии террора как метода политической борьбы и что, под каким бы предлогом ни был совершен террористический акт, справедливое возмездие будет неотвратимым.

Freedom of the High Seas and Struggle against Terrorism (Summary)

*Ekaterina S. Anyanova**

*Viacheslav N. Kulebiakin***

The article deals with the problem of illegal transportations of weapons of mass distraction (WMD) in the high seas. The basic principal of the international maritime law – freedom of the high seas – provides in particular for freedom of navigation. However freedom of navigation may contradict to the necessity of prevention of illegal transportation of WMD by the terrorist groups, which is deemed to be a part of the international “War on terrorism”. Measures of suppression of the illegal transportation of WMD are carried out in frames of the Proliferation Security Initiative (PSI) and the 2005 Protocols to the 1988 Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (SUA Convention) and the 1988 Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platform Located on the Continental Shelf (SUA Protocol). At present the PSI is regulated by means of the bilateral agreements, which are fulfilled by the signatory states.

Keywords: maritime security; freedom of navigation; terrorism at sea; weapon of mass destruction.

* Ekaterina S. Anyanova – Ph.D in Law, doctoral candidate of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. Ekaterina.Anyanova@gmail.com.

** Viacheslav N. Kulebiakin – Ph.D in Law, professor of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia.

- ¹ Вылегжанин А.Н., Гуреев С.А., Иванов Г.Г. Международное морское право. М. 2003. С. 23 и сл. Stemmler L. Schiffssicherheit zwischen Freiheit der Meere, Wettbewerb und Regulierungen. Oldenburg, 2001. S. 37.
- ² Blishchenko I.P. (ed.) The International Law of the Sea. Moscow, 1988. P. 18. Международное право. Под ред. А.Н.Вылегжанина. М. 2012. С. 750.
- ³ Stemmler L. Schiffssicherheit zwischen Freiheit der Meere, Wettbewerb und Regulierungen. P.37.
- ⁴ Вылегжанин А.Н. Морские природные ресурсы (международно-правовой режим). М. 2001. С. 26. Anand R.O. Freedom of the Seas Past, Present and Future // Caminos H. (ed.) Law of the Sea. Aldershot, 2001. PP. 261 – 279. P. 262.
- ⁵ Delbrueck J., Wolfrum R. Voelkerrecht. Vol. I/2. Berlin, 2002. S. 346.
- ⁶ Krieken van P.I. Terrorism and the international legal order. The Hague, 2002. P. 156.
- ⁷ Hasselmann C.-G. Die Freiheit der Handelsschifffahrt. Kehl am Rhein, 1987. S. 98.
- ⁸ IMO Doc. A.545 (13) Measures to prevent acts of piracy and armed robbery against ships, 17 November 1983.
- ⁹ IMO Doc. A.584 (14) Measures to Prevent Unlawful Acts which Threaten the Safety of Ships and the Security of their Passengers and Crews, 20 November 1985.
- ¹⁰ IMO Doc. MSC/Circ. 443 Measures to prevent unlawful acts against passengers and crew onboard ships (MSC/Circ.443), 26 September 1986.
- ¹¹ UN Doc. A/RES/40/61 GA Resolution ‘Measures to prevent international terrorism which endangers or takes innocent human lives or jeopardizes fundamental freedoms and study of the underlying causes of those forms of terrorism and acts of violence which lie in misery, frustration, grievance and despair and which cause some people to sacrifice human lives, including their own, in an attempt to effect radical changes’, 9 December 1985.
- ¹² Roach J.A. Proliferation Security Initiative (PSI): Countering Proliferation by Sea // Nordquist M. et al. (eds.) Recent developments in the law of the sea and China. Boston/Leiden, 2006. PP. 351 – 424. P. 353.
- ¹³ UN Doc. S/RES/1540 (2004) UN SC Resolution 1540, 28 April 2004.
- ¹⁴ UN Doc. S/RES/1718 (2006) UN SC Resolution 1718, 14 October 2006.
- ¹⁵ Valencia M.J. The Proliferation Security Initiative: Making Waves in Asia. London, 2005. P. 41.
- ¹⁶ Ibid. P. 46.
- ¹⁷ IMO Doc. A.924 (22) Review of measures and procedures to prevent acts of terrorism which threaten the security of passengers and crews and the safety of ships, 20 November 2001.
- ¹⁸ Mbiah K. The revision of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 1988, and its Protocol of 1988 Relating to Fixed Platforms Located on the Continental Shelf // Mukherjee P.K. et al. (eds.) Maritime violence and other security issues at sea: the proceedings of the symposium on maritime violence and other security issues at sea. Malmoe, 2002. PP. 193 – 219. P. 217.
- ¹⁹ Ibid. S. 97.

МЕЖДУНАРОДНАЯ ЗАЩИТА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

CITES празднует свой 40-летний юбилей

*Копылов М.Н.**

*Меркулова К.А.***

В статье анализируются наименее известные российскому читателю положения Вашингтонской конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, которой в 2013 г. исполнилось 40 лет. В частности, раскрываются положения Конвенции, которые касаются выдачи разрешений и лицензий, а также безопасности документов. Подчеркивается, что режим, устанавливаемый Вашингтонской конвенцией, теряет свою эффективность в тех случаях, если государства объединяются в таможенные союзы или иные интеграционные объединения. Конкретные примеры имплементации требований Вашингтонской конвенции в национальное законодательство приводятся из практики АСЕАН, где функционирует Центр по биоразнообразию и создана сеть правоохранительных органов государств – членов АСЕАН по защите дикой природы (АСЕАН-ВЕН).

Ключевые слова: CITES; международная торговля; виды, находящиеся под угрозой исчезновения; АСЕАН-ВЕН; биоразнообразие.

3 марта 2013 г. Вашингтонской конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой

* Копылов Михаил Николаевич – д.ю.н., профессор, академик РАЕН, РЭА и МАНЭБ, профессор кафедры международного права юридического факультета РУДН. mikhail.kopylov11@gmail.com.

** Меркулова Кристина Александровна – студентка юридического факультета Российского университета дружбы народов. kamerkulova@yandex.ru.

исчезновения исполнилось 40 лет¹. Это событие не осталось незамеченным ни среди отечественных юристов международников, ни среди западных правоведов. Так, в 2012 г. в «Евразийском юридическом журнале» была опубликована статья А.А. Шайдуллиной «Особая роль CITES в международно-правовом регулировании сохранения и устойчивого использования биоразнообразия»². В том же 2012 г. выходит в свет монография известного новозеландского профессора права А. Гиллесли «Сохранение биоразнообразия и международное право: новые горизонты для экологического и энергетического права»³, в которой большое внимание уделено детальному анализу CITES.

Такое повышенное внимание к Вашингтонской конвенции объясняется не только ее юбилеем, но и той особой ролью, которую играет CITES в сохранении и устойчивом использовании биологического разнообразия. Она *«per se»* не является соглашением, поддерживающим торговлю и использование дикой природы. Принципиальной целью CITES является и всегда было обеспечение того, чтобы международная торговля не вела к вымиранию видов»⁴. Неслучайно, поэтому одни ученые с самого начала оценивали ее как «Magna Carta для дикой природы»⁵, а другие рассматривали ее скорее как международный инструмент защиты биоразнообразия, чем международное торговое соглашение⁶.

Авторы настоящей статьи попытались также внести свой посильный вклад в изучение малоизвестных положений CITES, ознакомив с ними широкий круг общественности. В статье, в частности, речь пойдет о присущих вашингтонской конвенции недостатках, устранение которых может существенно повысить эффективность применения ее положений.

Общеизвестно, что «выгода, получаемая от международной торговли живых животных, продукции, является серьезным стимулом к их добычанию и главной угрозой для выживания редких и исчезающих видов флоры и фауны»⁷.

Здесь уместно было бы напомнить, что с момента вступления CITES в силу не исчез ни один из 30 тыс. видов флоры и фауны (из которых 25 тыс. видов растений), находящихся под ее защитой. Между тем, Конвенция добивается предотвращения неустойчивого использования, а не содействует устойчивому использованию, основанному на неприменении.

Не вдаваясь в детальный анализ отдельных положений статей Вашингтонской конвенции, которая, как мы уже отмечали выше, получила достаточно глубокое освещение в российской науке международного экологического права, тем не менее, обратим внимание читателя на два откровенных недостатка, присущих этой Конвенции.

Во-первых, несмотря на строгую периодичность пересмотра списков видов животных и растений, закрепленных в трех Приложениях к Конвенции (один раз в два года), сторонам CITES так и не удалось добиться того, чтобы один и тот же вид дикой фауны и флоры не был включен одновременно в более чем одно Приложение, как это, например, имеет место в отношении африканских слонов. На необходимость добиваться этой цели участники Конвенции неоднократно указывали на Конференциях Сторон⁸, объясняя это трудностями, которые вызывает помещение одного и того же вида сразу в несколько приложений для правоприменительной практики.

Во-вторых, к числу недостатков Вашингтонской конвенции можно также отнести и то, что в ней не содержится определение коммерческой торговли. В дальнейшем этот пробел в определенной мере был устранен резолюцией Конференции Сторон 5.10 «Определение понятия «прежде всего в коммерческих целях», принятой в 1985 г.⁹ В ней, в частности, коммерческая торговля определяется как деятельность, «цель которой состоит в получении экономической выгоды, в том числе прибыли (будь то в денежной или натуральной форме), и направлена на продажу, обмен, оказание услуг или другие формы хозяйственного использования или выгод». При принятии решения о том, является ли транзакция, прежде всего коммерческой по своим целям, сторонам рекомендуется толковать это понятие как можно шире, чтобы любая транзакция, не являющаяся полностью «некоммерческой» рассматривалась как «коммерческая».

Поскольку характеристика первых трех Приложений к Конвенции уже давно была представлена в юридической литературе, обратим свое и ваше внимание на четвертое приложение, которое касается разрешений и сертификатов, выдаваемых торгующими государствами, и которое в 2000 г. было заменено на резолюцию 10.2 «Разрешения и сертификаты»¹⁰. Именно до нее «не дошли руки» у российских ученых, и именно на ней мы собираемся сосредоточить свое внимание. Иными словами, далее речь пойдет о контроле за охотой и торговлей видами, находящимися под угрозой исчезновения, закрепленном в CITES.

Необходимость запрещать или строго контролировать охоту на диких животных на уровне, позволяющем им восстанавливать свои популяции, является одним из общепризнанных правил в международном экологическом праве, и, в частности, в той его части, которая относится к вопросам сохранения биоты. В современном международном экологическом праве это правило находит свое воплощение в концепции устойчивого развития¹¹ и в концепции экосистемного управления¹².

Истоки данного правила уходят в древние века, когда законодатели Греции и Рима сели за стол переговоров, чтобы определить, что можно делать, а что нельзя с дикими животными, а что нельзя. В частности, римляне постановили, что на территории империи можно было убивать львов в интересах собственной безопасности, а те, кто хотел охотиться на них постоянно или в коммерческих торговых целях, должны были иметь лицензию.

Эта цель, заключающаяся в том, что любая охота на диких животных должна регулироваться правом, была поддержана Международным Союзом охраны природы и природных ресурсов (МСОП) и постепенно вошла в тексты большинства действующих сегодня международных договоров по сохранению биоразнообразия.

Из современных примеров сошлемся на принятую в 2003 г. Африканским Союзом Африканскую конвенцию об охране природы и природных ресурсов, которая ограничивает ведение охоты наличием специальных разрешений.

В то время как большинство ныне действующих международно-правовых режимов восприняли практику жестких ограничений и запретов на охоту на диких животных (например, Соглашение об охране белых медведей, Осло, 1973 г.), другие пошли по пути допущения охоты на животных, если последние не находятся под угрозой исчезновения и не являются исчезающими. Например, во время выработки Рамсарской конвенции о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом, в качестве местообитания водоплавающих птиц, основным вопросом было: разрешать или нет охоту на водоплавающих птиц, если это не наносит ущерба биоразнообразию. Дискуссия была порождена постоянными призывами разрешить сезонную (2 раза в год) охоту на мигрирующих водоплавающих птиц не признанных вредителями. Планировалось, что в результате научных исследований будут установлены четкие лимиты на добычу. Аналогичный подход можно наблюдать и в Конвенции БЕНИЛЮКС 1970 г., которая

специально предназначалась для регулирования и гармонизации законов, направленных на устойчивую охоту на птиц в этом регионе.

Вышеперечисленные подходы отражают широко распространенное мнение, что, когда речь заходит об устойчивости, необходимо, чтобы государства имели сильное национальное законодательство.

Держа в уме эти соображения, становится очевидным, почему в большинстве государств стали приниматься национальные законы, которые строго ограничивали или вообще запрещали охоту на животных и особенно на те их виды, которые находятся под угрозой исчезновения. Это особенно характерно в отношении таких видов, как птицы, и нерегулируемой охоты на них на Кипре. Здесь особенно остро ощущается потребность в усилении наказания за незаконную поимку, убийство, разделку, продажу или торговлю особенно редкими исчезающими видами птиц.

Регулирование торговли исчезающими видами через систему разрешений и лицензий имеет длительную историю и уходит своими корнями к Лондонской конвенции 1933 г. об охране флоры и фауны в их естественном состоянии на Африканском континенте¹³. Согласно этой Конвенции стороны договорились, что будут разрешать импорт и экспорт охотничьих трофеев, только если они будут сопровождаться разрешениями, выданными компетентными властями. В дополнение к этому все импортируемые товары должны были проходить через таможенные посты. Для облегчения идентификации охотничьих трофеев особенно таких, как слоновая кость и носороги, они должны были маркироваться и записываться в сертификаты. Эти положения следует толковать в контексте того, что Лондонская конвенция 1933 г. призвала к осуществлению мер по одомашниванию диких животных, представляющих экономический интерес (ст. 7(8)) и разрешала принятие дополнительных мер защиты в отношении животных и растений, которые «по всеобщему признанию являются полезными для человека или представляют научный интерес» (ст. 8(4))¹⁴.

Сорок лет спустя этот подход стал сердцевиной режима Вашингтонской конвенции. В статье 6 CITES речь идет о системе разрешений и лицензий в отношении видов животных и растений, занесенных в приложения 1, 2 и 3, режим которых определяется соответственно статьями 3, 4 и 5 Конвенции. Эти статьи составляют основу административного базиса CITES, и регулярно пересматриваются сторонами при каждой их встрече. Последний раз это имело место в 2010 г. Эти

контрольные меры продолжают оставаться эффективными и в любом ином режиме сохранения, который имеет взаимосвязь с CITES (в последние годы таких связей становится все больше и больше). Тем не менее «головной болью» для сторон Вашингтонской конвенции продолжает оставаться выдача незаконных сертификатов и разрешений, способствующих браконьерству. В этой связи сторонами Конвенции было принято огромное число решений, резолюций и иных актов, направленных на борьбу с незаконной торговлей фальсифицированными разрешениями и лицензиями. За редким исключением эти требования являются достаточно жесткими в части, касающейся вопросов перевозки животных и растений даже теми видами транспорта, которые оборудованы регистрационными номерами TIR и ATA (временное разрешение или временный допуск). В последнем случае транспортные средства освобождаются от уплаты каких-либо пошлин и сборов.

Еще одна проблема, к которой напрямую адресована CITES, – это проблема безопасности разрешений и лицензий. Прежде всего, на каждую партию видов животных и растений требуется получить отдельное разрешение или сертификат. Во-вторых, управленческие структуры государства-импорта любого вида диких животных и растений должны отменить и задержать разрешение на экспорт или реэкспортный сертификат, равно как и любые другие разрешающие вывоз документы, если подобного рода документы использовались ранее. В-третьих, любые копии разрешений или сертификатов, выданные уполномоченными на то властями, должны иметь четкую отметку о том, что они являются копиями, и до тех пор, пока они не будут индоссированы компетентными властями, они не могут быть использованы.

Стороны Конвенции разработали инструкцию о правилах поведения в отношении незаконных, утративших силу сертификатов, а также сертификатов, которые не вызывают доверие. Эти рекомендации являются составной частью пакета условий, которые варьируются от обладания альтернативным сертификатом до сертификатов, в которые не вписаны правильные научные названия тех или иных видов, в отношении которых выдача импортной или экспортной документации должна быть запрещена. Важность сверки своих действий с Секретариатом Конвенции в тех случаях, когда возникают сомнения относительно предъявленных разрешений, а также получения совета от сотрудников Секретариата до получения разрешения на импорт живых видов животных и растений из списка Приложения I к Конвенции

объявляется ее сердцевиной и всячески акцентируется. Такие контакты с Секретариатом являются весьма плодотворными и полезными, поскольку позволяют заблаговременно проверить правильность национальных экспортных квот. Такая информация является дополнительной и представляет интерес, прежде всего, при анализе информации от тех государств, которые имеют более жесткие по сравнению с CITES национальные правила, а также информации о потерянных, недостающих или украденных сертификатах. Секретариат также ведет и регулярно обновляет списки уполномоченных властей, их аутентичных печатей, список лиц, уполномоченных подписывать документы, и образцы их подписей. Стороны Конвенции неоднократно подчеркивали важность и необходимость выписывать сертификаты на бланках CITES со степенями защиты. В этом своем стремлении они получали поддержку и помощь со стороны CITES. Для того чтобы стороны Конвенции не могли ввести в заблуждение друг друга, CITES рекомендует им не использовать при регулировании внутренней торговли бланков разрешений, которые похожи на бланки CITES. Несмотря на это, использование централизованной электронной системы, способной проверять аутентичность всех сертификатов и разрешений, полученных и выданных, до сих пор не является обязательной в рамках CITES, хотя она могла бы быть чрезвычайно полезной. Не случайно ее пытаются внедрить на практике с 2000 г.

Разрешение на экспорт действует в течение 6 месяцев, начиная с даты его выдачи. По истечении этого срока сертификат на экспорт должен быть признан недействительным. Шестимесячный срок действия сертификатов распространяется на все виды всех трех Приложений к Конвенции, хотя сертификаты, выданные на виды, включенные в Приложение III, действительны в течение года. Правило одного года в отношении экспортных разрешений действует также применительно к некоторым видам Приложения II, в частности к перечисленным в этом Приложении видам, обитающим в стволах деревьев. Срок действия разрешений на импорт – 12 месяцев.

В самом общем виде страна экспорта не должна выдавать каких-либо разрешений и/или сертификатов соответственно, а страна импорта должна с этим соглашаться. В противном случае может возникнуть существенное расхождение во взглядах, которое может привести к расширению нелегальной торговли. Тем не менее, неретроспективное правило применяется только к видам Приложения I. Таким образом,

в тех случаях, когда сторона-импортер и сторона-экспортер удовлетворены получением видов в соответствии с CITES, ретроспективная сертификация возможна. Однако и в этой области важна бдительность.

Выданные до начала применения CITES разрешения должны обязательно содержать указание на то, что они являются таковыми, а также на дату получения образца. Стороны Конвенции со всё возрастающей силой выдвигают требования, чтобы не выдавались доконвенционные сертификаты за редким исключением. В тех же случаях, когда они выдаются, они должны содержать указание на то, что тот или иной образец подпадает под действие разрешения, а также дату получения образца. В 2000 г., т.е. через 27 лет после того, как имело место первое присоединение к Конвенции, было рекомендовано применять доконвенционные сертификаты только в отношении экспорта в те государства, которые присоединились к Конвенции после ее вступления в силу, или по отношению к экспорту в государства, не являющиеся сторонами Конвенции.

Завершая разговор о неизвестном в Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, обратимся к п. 3 ст. 14 CITES. В нем говорится: «Положения настоящей Конвенции никоим образом не затрагивают положений или обязательств, вытекающих из любого договора, конвенции или международного соглашения, которые заключены или могут быть заключены между государствами, учреждающими союз или региональное торговое соглашение, которым устанавливается или сохраняется общий внешний таможенный контроль и отменяется таможенный контроль между участниками такого соглашения, в той степени, в какой это касается торговли между государствами-участниками такого союза или соглашения».

Соответственно, в тех случаях, когда ликвидируются органы таможенного контроля, между государствами и на их место приходит внешний общий таможенный контроль, или в тех случаях, когда государства создают общий рынок, между ними не могут применяться положения Конвенции, касающиеся контроля за сертификатами или разрешениями. И хотя подобное положение дел может иметь какой-то экономический смысл, оно неизбежно приведет к формированию своеобразных «провалов» в информации, которой должны обладать на основании CITES. Кроме того, иногда выполнение и региональная

имплементация положений Конвенции могут оказаться не настолько жесткими, как это требуется.

Проиллюстрируем данный факт на примере государств Юго-Восточной Азии, входящих в Ассоциацию государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН). Этот регион является одним из наиболее богатых биологическим разнообразием. В трех странах региона (Индонезия, Малайзия и Филиппины) в совокупности насчитывается около 80 % глобального биоразнообразия.

Официальное сотрудничество стран-членов АСЕАН в области сохранения биоразнообразия берет свое начало в 1998 г., когда в структуре Ассоциации был учрежден региональный Центр по сохранению биоразнообразия. 27 сентября 2005 г. Соглашением об учреждении Центра АСЕАН по биоразнообразию, заключенном в Бангкоке (Таиланд) из названия Центра были убраны слова «по сохранению»¹⁵. Центр призван содействовать сотрудничеству и координации между членами АСЕАН, а также с соответствующими региональными и международными организациями по сохранению, устойчивому использованию биологического разнообразия и справедливому, равноправному распределению выгод из использования этого разнообразия в регионе (ст. 2 Соглашения)¹⁶. Структурными подразделениями Центра являются Совет Управляющих; Исполнительный Директора и штаб, который выполняет функции Секретариата Центра; комитеты и вспомогательные органы, которые Совет Управляющих считает необходимым учредить (ст. 3 Соглашения).

Центр располагается в Маниле (Филиппины). Взаимоотношения Центра с Филиппинами урегулированы Соглашением от 8 августа 2006 г.¹⁷

В рамках АСЕАН был разработан проект рамочного Соглашения о доступе к биологическим и генетическим ресурсам, справедливом и равноправном распределении выгод от их использования¹⁸. Оно обязывает государства-члены обеспечить сохранение и устойчивое использование биологического разнообразия в регионе (п. b ст. 2) и предусматривает создание регионального Фонда сохранения биоразнообразия (ст. 12).

В 2004 г. на свет появляется Заявление АСЕАН по Вашингтонской конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения 1973 г., в котором министры стран АСЕАН, ответственные за применение Конвенции, признали

необходимость обеспечения дальнейшего сотрудничества и координации деятельности между всеми национальными агентствами по борьбе с незаконной торговлей видами дикой фауны и флоры, включая обмен разведывательной информацией и где возможно, создание межагентских комитетов или координационных групп. Поскольку к этому времени все страны-члены АСЕАН уже подписали CITES, в Заявлении предлагалось создание двусторонних и многосторонних структур в правоохранительных органах, контролирующих общую границу с целью повышения эффективности контроля международной торговли видами дикой фауны и флоры и их продуктами¹⁹. Заявление АСЕАН по CITES имело важное значение не только потому, что оно объединяет весьма разные нации или оно исключительно сосредоточивается на торговле видами дикой фауны и флоры, но и потому, что оно создает существенную и устойчивую основу для дальнейших действий и обязательств в регионе – на национальном, двустороннем, субрегиональном и региональном уровне²⁰. На специальном совещании экспертной группы АСЕАН по CITES 3 мая 2005 г. был разработан и принят Региональный План действий по торговле видами дикой фауны и флоры (2005 – 2010 гг.), который был одобрен на 8-ом совещании высших должностных лиц АСЕАН по лесоводству 18-20 августа того же года. Одной из целей Плана является укрепление сотрудничества между соответствующими правоохранительными органами стран АСЕАН по борьбе с незаконной торговлей видами дикой фауны и флоры путем: (1) создания межагентских комитетов на национальном уровне с целью обеспечения сотрудничества и координации между сотрудниками правоохранительных органов по торговле видами дикой флоры и фауны; (2) создания системы АСЕАН по защите дикой природы для обмена правоохранительной информацией относительно торговли видами дикой фауны и флоры, и координации регионального участия в Рабочей группе ИНТЕРПОЛ по преступлениям незаконной торговли видами дикой природы; (3) принятия совместных усилий по повышению эффективности правоохранительной деятельности в данной сфере²¹.

В развитие этих целей 1 декабря 2005 г. министры стран АСЕАН, ответственные за выполнение CITES, приняли решение о создании сети правоохранительных органов государств – членов АСЕАН по защите дикой природы (АСЕАН-ВЕН). В Заявлении о создании АСЕАН-ВЕН выражалась надежда на то, что усилия правоохранительных органов на национальном уровне и усиление сотрудничества между

государствами – членами АСЕАН повысят эффективность применения CITES. Членство в данной сети открыто для всех органов, выполняющих функции по применению CITES: таможенных, полицейских, прокурорских органов, специализированных государственных организаций по защите дикой природы и других соответствующих национальных правоохранительных органов (п. 2)²². АСЕАН-ВЕН является самой крупной правоохранительной сетью по защите дикой природы в мире²³.

Подводя итог сказанному, можно высказать несколько обобщающих соображений, касающихся режима сохранения биоразнообразия согласно Вашингтонской конвенции 1973 г.

Прежде всего, CITES, как, впрочем, и в целом большинство международных договоров, направленных на защиту фауны и флоры, разрабатывалась в рамках МСОП – ведущей международной неправительственной экологической организации, которая взяла на вооружение экосистемный междисциплинарный подход к управлению природными ресурсами, принципы предвидения и предупреждения, полагая, что существующее в настоящее время во многих странах национальное природоресурсное и экологическое законодательство, равно как и международное экологическое право, являются результатом поспешной и не всегда самой удачной реакции государств на критические изменения в состоянии окружающей среды или экологические катастрофы²⁴.

Неслучайно поэтому можно обнаружить много общего между принципами CITES и принципами иных международных договоров в области сохранения биологического разнообразия. В первую очередь это касается принципа предосторожности, или предосторожного подхода²⁵.

CITES Celebrates its 40-th Anniversary

(Summary)

*Mikhail N. Kopylov**

*Kristina A. Merkulova***

The article deals with the least known for Russian readers provisions of the Washington Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, which in 2013 became 40 years old. In particular, provisions of the Convention relating to the issuance of permits and licenses, as well as the security of documents are disclosed. It is emphasized that the regime established by the Washington Convention, loses its effectiveness in cases where states are united in customs unions or other integration associations. Specific examples of the implementation of the requirements of the Washington Convention into national law are taken from the practice of the ASEAN, where the Center for Biodiversity operates and a network of law enforcement agencies of ASEAN Member States to protect wildlife (ASEN-WEN) is established.

Keywords: CITES; international trade; endangered species; ASEAN-WEN; biodiversity.

* Mikhail N. Kopylov – Doctor of Laws, professor, academician of the Russian Academy of Natural Sciences, Russian Ecological Academy and International academy of sciences of ecology and life safety; professor of the department of international law of the Russian Peoples' Friendship University. mikhail.kopylov11@gmail.com.

** Kristina A. Merkulova – student of the law faculty of the Russian Peoples' Friendship University. kamerkulova@yandex.ru.

- ¹ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. – М., 1978. – Вып. XXXII. – С. 549-562.
- ² См.: Шайдуллина А.А. Особая роль CITES в международно-правовом регулировании сохранения и устойчивого использования биоразнообразия // Евразийский юридический журнал. – 2012. – № 8 (51). – 42-43.
- ³ См.: Gillespie A. Conservation, biodiversity and international law: new horizons in environmental and energy law. – Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Ltd., 2012.
- ⁴ Experience with the Use of Trade Measures in the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES). – OECD, 1997. – P. 32.
- ⁵ См.: Layne E.N. Eighty Nations Write Magna Carta for Wildlife // Audubon Magazine. – 1973. – № 75/3. – P. 99; Reeve R. Policing International Trade in Endangered Species: The CITES Treaty and Compliance. – Wales: The Royal Institute of International Affairs, 2002. – P. 28.
- ⁶ См.: A Brief Introduction to CITES by the CITES Secretariat // Experience with the Use of Trade Measures in the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES). – OECD, 1997. – P. 30.
- ⁷ Копылов М.Н., Мохаммад С.А., Якушева Е.А. История международного экологического права. – М.: РУДН, 2007. – С. 79.
- ⁸ См., например: CITES Resolution Conf. 9.24. “Criteria for Amendment of Appendices I and II” (1994). URL: <http://www.cites.org/eng/res/all/09/E09-24R13.pdf> (дата обращения: 08.06.2013).
- ⁹ См.: CITES Resolution Conf. 5.10. “Definition of “Primarily Commercial Purposes” (1985). URL: <http://www.cites.org/eng/res/all/05/E05-10.pdf> (дата обращения: 08.06.2013).
- ¹⁰ См.: Resolution Conf. 10.2 (Rev.). “Permits and Certificates” (2000). URL: <http://www.cites.org/eng/res/all/10/E10-02.pdf> (дата обращения: 08.06.2013).
- ¹¹ См., например: Соколова Н.А. Международно-правовые принципы устойчивого развития // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 8. – С. 35-42.
- ¹² См., например: Бринчук М.М. Экосистемный подход в праве // Экологическое право. – 2008. – № 1. – С. 6-14.
- ¹³ См.: Convention Relative to the Preservation of Fauna and Flora in their Natural State (London, Nov. 8. 1933) // League of Nations Treaty Series. – Vol. 172. – P. 241.
- ¹⁴ Подробнее см.: Международное экологическое право / отв. ред. Р.М. Валеев. – М.: Статут. – 2012. – С. 95.
- ¹⁵ См.: Agreement on the establishment of the ASEAN Centre for biodiversity. Bangkok, Thailand, 12 September 2005. URL: http://www.aseanbiodiversity.org/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=80¤t=1# (дата обращения: 08.06.2013).
- ¹⁶ См.: Нгуен К.Т. АСЕАН: экология, политика, международное право. – М.: АДЦ Групп, 2013. – С. 179.
- ¹⁷ См.: Host country Agreement between the government of the Republic of the Philippines and the ASEAN Centre for biodiversity. Manila, Phillipines, 8 August 2006. URL: http://www.aseanbiodiversity.org/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=1&Itemid=81 (дата обращения: 08.06.2013).
- ¹⁸ См.: Проект рамочного Соглашения о доступе к биологическим и генетическим ресурсам, справедливом и равноправном распределении выгод от их использования (на вьетнамском языке). URL: <http://vea.gov.vn/vn/hoptacquocte/ttqt/Pages/Hi%E1%BB>

%87p%C4%91%E1%BB%8BnhASEANv%E1%BB%81chias%E1%BA%BB%E1%BB%A3i%C3%ADcht%E1%BB%ABs%E1%BB%ADd%E1%BB%A5ngngu%E1%BB%93ngen.aspx (дата обращения: 08.06.2013).

¹⁹ См.: ASEAN Statement on CITES on the occasion of the thirteenth meeting of the Conference of the Parties to CITES. Bangkok, Thailand, 11 October 2004. URL: <http://www.asean.org/news/asean-statement-communicues/item/asean-statement-on-cites-on-the-occasion-of-the-thirteenth-meeting-of-the-conference-of-the-parties-to-cites-bangkok> (дата обращения: 08.06.2013).

²⁰ Joint Press Release of ASEAN Ministerial Session on CITES. Bangkok, Thailand, 11 October 2004. URL: <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/joint-press-release> (дата обращения: 08.06.2013).

²¹ См.: ASEAN Regional Action Plan on Trade in Wild Fauna and Flora (2005-2010). Jakarta, Indonesia, 3 May 2005. URL: <http://cil.nus.edu.sg/rp/pdf/2005%20ASEAN%20Regional%20Action%20Plan%20on%20Trade%20in%20Wild%20Flora%20and%20Fauna%202005-2010-pdf.pdf> (дата обращения: 08.06.2013).

²² ASEAN Statement on Launching of the ASEAN Wildlife Law Enforcement Network (ASEAN-WEN). Bangkok, Thailand, 1 December 2005. URL: <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/asean-statement-on-launching-of-the-asean-wildlife-law-enforcement-network-asean-wen-2> (дата обращения: 08.06.2013).

²³ См.: What is ASEAN-WEN? URL: http://www.asean-wen.org/index.php?option=com_content&view=article&-id=47&Itemid=55 (дата обращения: 08.06.2013).

²⁴ См.: Международные организации / под ред. И.П. Блищенко. – М.: РУДН, 1994. – С. 295.

²⁵ См.: Wijnstekers W. The Evolution of CITES. A reference to the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora. – 7th Edition. – Geneva: CITES Secretariat, 2003.

ПРАВО МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ

Институциональный механизм обеспечения выполнения обязательств по международным договорам: понятие, основные элементы

*Симонова (Никитенко) Н.С.**

В практике международных отношений и доктрине международного права отсутствует единый подход к определению и пониманию сущности механизма обеспечения выполнения договорных обязательств. В предлагаемой статье названный механизм определяется как объединенная условиями обязательности и добросовестности выполнения обязательств система международно-правовых институтов, применение норм которых обеспечивает выполнение обязательств, вытекающих из международных договоров. К числу основных международно-правовых институтов, составляющих сущность механизма обеспечения выполнения договорных обязательств, отнесены: институты обязательности и добросовестности выполнения международно-правовых обязательств, международные и внутригосударственные средства обеспечения выполнения международных договоров, институты судебных органов и международных организаций, а также институт ответственности. Выделение названных элементов подкрепляется авторской аргументацией. В статье также приводится обзорная характеристика основных элементов институционального механизма обеспечения выполнения обязательств по международным договорам.

* Симонова (Никитенко) Наталья Сергеевна – к.ю.н., доцент, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин ФГКОУ ВПО ВСИ МВД России, соискатель кафедры прав человека и международного права МосУ МВД России, член Российской ассоциации международного права. nns@mail.ru.

Ключевые слова: международный договор; обеспечение выполнения международных договоров; обязательность и добросовестность выполнения международных договоров; средства обеспечения международных договоров; механизм обеспечения выполнения международных договоров.

Отсутствие в практике международных отношений и доктрине международного права единого подхода к определению и пониманию сущности механизма обеспечения выполнения договорных обязательств делает актуальным исследование названного механизма. Термин «механизм» подразумевает систему или устройство, которые определяют порядок какого-нибудь вида деятельности¹. Механизм в общем смысле предполагает системность и упорядоченность какой-либо деятельности или процесса. Полагая, данное понимание вполне коррелирует с необходимостью выработки механизма обеспечения выполнения обязательств по международным договорам как системной и упорядоченной деятельности субъектов международного права.

Попытки определить понятие и сущность такого механизма в науке международного права предпринимались, однако нельзя сказать, что подобные исследования носят комплексный характер. Одна из последних монографических работ авторского коллектива О.И. Тиунова, А.А. Каширкиной и А.Н. Морозова по проблеме выполнения международных договоров Российской Федерации затрагивает в основном конституционно-правовой аспект выполнения международных договоров².

В одной из своих работ Г.В. Игнатенко лишь обозначает, что «механизм реализации международно-правовых норм представляет собой сложный комплекс»³. Г.И. Курдюков указывает, что «механизм исполнения договоров означает соотношение международных и национальных интересов»⁴. Не ограничиваясь такой характеристикой, автор определяет механизм исполнения международных договоров как «процесс, ...совокупность правомерных действий государства и его органов в формах соблюдения, выполнения и применения прав и обязательств, вытекающих из договоров»⁵. Создается впечатление, что автор сводит обеспечение выполнения международных договоров только к внутригосударственной деятельности, не принимая при этом в расчет довольно обширный опыт применения международно-правовых средств обеспечения выполнения обязательств по международным договорам (например, международного контроля).

Необходимо указать, что Н.В. Мироновым исследовался институт исполнения международных договоров⁶. Автор настоящей статьи придерживается позиции, в соответствии с которой обеспечение выполнения международных договоров представляет собой комплексный, сложный механизм, включающий целый ряд правовых институтов (институты обязательности и добросовестности выполнения международных договоров, институты, составляющие отдельные средства обеспечения выполнения обязательств по международным договорам, институт международно-правовой ответственности и др.). Следует отметить, что Н.В. Миронов проводил обоснованное различие между правовым обеспечением исполнения международных договоров и непосредственным (фактическим). Полагаем, правовое обеспечение составляет правотворческую или «активную» стадию механизма обеспечения выполнения договорных обязательств, а фактическое (непосредственное) соответствует правореализационной или «результативной» стадии. О.И. Тиунов, анализируя проблему выполнения международных договорных обязательств, указывает, что при установлении определенного средства обеспечения договора его участники, во-первых, фиксируют в тексте договора обязанность применить это средство («активная стадия» механизма), во-вторых, предпринимают внутригосударственные средства по реализации договора («результативная» стадия)⁷.

Примечательно, что Н.В. Миронов, а также поддерживающий его позицию С.Ю. Марочкин⁸ склонны сводить обеспечение выполнения международных договорных обязательств к закреплению функций различных органов государственной власти (т.е. внутригосударственным средствам обеспечения), обходя вниманием международно-правовые институты, составляющие механизм обеспечения, в т.ч. средства обеспечения, принцип добросовестного выполнения обязательств по международным договорам, механизм внутригосударственной имплементации⁹.

В одной из своих работ С.Ю. Марочкин под механизмом обеспечения осуществления международно-правовых норм понимает систему средств обеспечения (гарантии, контроль и т.д.), каждое из которых является частью общего механизма¹⁰. О.И. Тиунов придерживается позиции о том, что существо механизма обеспечения выполнения международных договорных обязательств составляют международно-правовые средства обеспечения. Под ними понимается согласованная

заинтересованными государствами и закреплённая ими посредством норм международного права система мер (выделено нами), направленных на наиболее эффективное выполнение международных обязательств¹¹.

Полагаем, наличие одних только международных и внутригосударственных¹² средств обеспечения (их правовое закрепление и применение) ещё не говорит о механизме как таковом. Самостоятельное исследование средств обеспечения вырывает их из общего, комплексного контекста обеспечительного механизма.

Правильным, по нашему мнению, является объединение в понятие «механизм обеспечения выполнения обязательств по международным договорам» следующих институциональных составляющих: 1) институты обязательности и добросовестности выполнения международно-правовых обязательств; 2) международные и внутригосударственные средства обеспечения выполнения международных договоров (представляющие собой отдельные правовые институты); 3) институты судебных органов; 4) институты международных организаций; 5) институт ответственности за невыполнение обязательств по международным договорам.

Авторская аргументация приведенных элементов институционального механизма обеспечения выполнения обязательств по международным договорам состоит из следующих позиций.

Во-первых, обязательность и добросовестность выполнения международных договоров из международно-правовых норм-принципов трансформировались в самостоятельные международно-правовые институты, состоящие из вполне определенной совокупности международно-правовых норм. При этом оба института выступают необходимой предпосылкой формирования цельного институционального механизма, обеспечивающего надлежащее выполнение обязательств по международным договорам. Неверно было бы именовать названные институты стадиями анализируемого механизма, но вместе с тем, нужно с полной уверенностью утверждать, что базой, фундаментальной основой механизма выступают именно институты обязательности и добросовестности выполнения международных договоров. При отсутствии их регулирующего действия на международные отношения сущность договорного процесса нивелируется. И напротив, наличие формально-определённых правил, составляющих институты обязательности

и добросовестности, может быть уже достаточным для обеспечения выполнения международных договорных обязательств.

Во-вторых, общее обеспечительное воздействие институтов обязательности и добросовестности выполнения международных договоров может (и должно быть) подкреплено использованием дополнительных средств обеспечения. Как справедливо отмечает И.И. Котляров, «в успешной реализации достигнутых договоренностей большую роль играют международно-правовые меры обеспечения соблюдения государствами принятых обязательств»¹³. Использование средств обеспечения может быть объяснено как степенью важности регулируемых тем или иным международным договором отношений, так и политико-экономическими соображениями (например, новизной договорных отношений между конкретными субъектами международного права, политической нестабильностью государств-участников международного договора, снижающей уровень доверия, экономическим кризисом и др.). При этом необходимо принимать во внимание добровольность действий участников международных договоров в выборе тех или иных средств обеспечения. Общеизвестным является деление средств обеспечения выполнения международных договоров на международные и внутригосударственные. Как справедливо заметил А.М. Ибрагимов, «можно спорить по поводу того, является ли внутригосударственное законодательство фактором, гарантирующим обеспечение выполнения международных обязательств государств. Но вряд ли следует подвергать сомнению тот ощутимый толчок, который дает внутренне право государств осуществлению международных норм»¹⁴. Такая позиция ученого заслуживает поддержки. Внутригосударственные средства имеют достаточно широкий диапазон применения и охватывают специфические правотворческие и организационно-деятельностные меры участников международных договоров. Думается, внутригосударственные меры обеспечения выполнения международных договорных обязательств должны представлять интерес для международно-правового исследования в той степени, в какой они отражаются в текстах международных договоров. В этом случае исключать их из числа объектов исследования было бы методологически неверным.

В-третьих, механизм обеспечения выполнения обязательств по международным договорам следовало бы считать неполным без деятельности международных судебных органов и международных организаций. Полагаем, что международно-правовые нормы, регулирующие

статус, порядок создания и функционирования последних представляют собой сложившиеся в международном праве институты. Рассмотрение судебных органов и международных организаций как элементов институционального механизма обеспечения выполнения обязательств по международным договорам представляется новым в науке международного права и, безусловно, заслуживает отдельного, обстоятельного рассмотрения.

В-четвертых, обеспечение выполнения обязательств по международным договорам посредством морально-политического должностования участников договоров, а также презумпции обязательности международных договоров и добросовестности их выполнения, разумеется, является предпочтительным во всей системе международных отношений. Однако справедливости ради нужно признать, что идеализировать фактическое положение вещей не стоит. Любая правовая норма, вне зависимости от степени ее значимости и резонансности, не застрахована от ненадлежащего выполнения либо от прямого нарушения. Переоценивать значение института международно-правовой ответственности не следует, однако исключать этот институт из числа элементов механизма обеспечения выполнения обязательств по международным договорам было бы неправильно, т.к. применение мер ответственности несет не только карательную нагрузку, но и превентивную. Применение международно-правовой ответственности к участнику международного договора, нарушившего соглашение, призвано, в том числе, ограждать других участников от подобных и иных нарушений, что, в свою очередь, имеет колоссальное значение для всего обеспечительного механизма в целом.

Исходя из необходимого набора элементов, механизм обеспечения выполнения обязательств по международным договорам может быть определен как объединенная условиями обязательности и добросовестности выполнения обязательств система международно-правовых институтов, применение норм которых обеспечивает выполнение обязательств, вытекающих из международных договоров.

Полагаем необходимым дать обзорную характеристику основных международно-правовых институтов, составляющих институциональный механизм обеспечения выполнения обязательств по международным договорам.

Институт обязательности. По мнению О.И. Тиунова «обязательность» заключенных соглашений (договоров) «выражает отношения

долженствования, «заданность» деятельности субъектов права, когда они должны поступать именно так, а не иначе»¹⁵.

В силу того, что способом создания нормы международного права является соглашение (согласование волей), именно его необходимо считать критерием юридической обязательности международного договора (или международного обычая). Эту позицию поддерживает В.Я. Суворова, говоря, что «каждая международно-правовая норма обязательна уже в силу заложенного в ней согласия государства»¹⁶.

Обязательность выполнения международного договора (*pacta sunt servanda*) как правовой принцип в механизме международно-правового регулирования наделена правовым воздействием на международные отношения. Механизм же обеспечения выполнения обязательств по международным договорам предполагает регулятивный характер правовых установлений.

Думается, что обязательность международных договоров «переросла» свою принципиальную природу и трансформировалась в отдельный правовой институт, т.е. совокупность международно-правовых норм, регулирующих однородную группу международных отношений. В подтверждение данного тезиса можно привести ряд доводов.

Оформление института обязательности международных договоров началось после 1917 года. В документах Лиги наций подчеркивалась необходимость «строго соблюдать предписания международного права, признаваемые действительным правилом поведения правительств»¹⁷. Недопустимость освобождения государства от договорных обязательств (при отсутствии согласия других участников международного договора) отразилась в многосторонней Конвенции о договорах от 20 февраля 1928 г.¹⁸. Кроме того, норма об обязательности выполнения международных обязательств, вытекающих из международных договоров, содержалась в резолюции Совета Лиги наций от 17 апреля 1935 г.¹⁹

В послевоенное время нормы института обязательности международных договоров нашли отражение в Уставе Организации Объединенных Наций 1945 г., в п. 2 ст. 2 которого содержится обязанность членов ООН добросовестно выполнять принятые по Уставу обязательства²⁰. Характеристика норм института обязательности международных договоров будет не полной, если обойти вниманием положения статьи 103 Устава ООН, устанавливающей следующее: «в том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу

окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу»²¹. Если следовать логике статьи 103 Устава, члены ООН лишены возможности ссылаться на соглашения, противоречащие Уставу.

Дальнейшее правовое оформление институт обязательности международных договоров получил в основном кодифицирующем акте права международных договоров – в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Так, в ст. 26 установлено, что каждый действующий договор обязателен для его участников²².

Правило об обязательности международных договоров получило развитие в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1970 г.²³ Названная Декларация обязывает государства к выполнению принятых обязательств²⁴. При этом важным обстоятельством является подтверждение в Декларации о принципах международного права иерархии обязательств.

Следует также отметить, что определенные аспекты обязательности международных договоров затрагиваются в положениях Заключительного Акта Соперничания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г.²⁵, а также в ряде двусторонних договоров между государствами²⁶.

Рассматривая институт обязательности как составную часть механизма обеспечения выполнения обязательств по международным договорам, необходимо иметь в виду, что обязательность не следует воспринимать как абсолютную категорию. Она имеет пределы, выражающиеся с одной стороны в действительности международных договоров, подлежащих выполнению, а с другой стороны – в их действительности. Соответствующие международно-правовые нормы дополняют содержание института обязательности международных договоров. Действительным международным договором следует признавать соглашение, которое заключено на а) добровольной и б) равноправной основе в) правомочными субъектами при наличии г) правомерного объекта договора²⁷. На международные договоры, не отвечающие названным требованиям, не распространяется правило об обязательности их соблюдения. Необходимо отметить, что изъятием из правила об обязательности являются международные договоры, затрагивающие права

и интересы либо наносящие ущерб третьим государствам. В ходе работы конференции по праву договоров утвердилось мнение, впоследствии включенное в текст Венской конвенции о праве международных договоров, что договор определенных сторон не может содержать обязательства, юридически связывающие третьи государства²⁸. В Венской конвенции 1969 года содержится положение, в соответствии с которым любая норма, содержащаяся в международном договоре, может стать обязательной для третьего государств, если будет обоснован обычный характер этой нормы и третье государство признает эту норму таковой²⁹. Действенность международного договора наряду с его действительностью выступает в качестве предела обязательности и подкрепляется соответствующими международно-правовыми нормами и доктринальным обоснованием.

Институт добросовестности. Добросовестность выполнения международных договоров «является логическим развитием нормы *pacta sunt servanda*»³⁰. Сущность понятия «добросовестность» по-разному трактуется юристами³¹. По мнению Ш.А. Кейта, «добросовестность в общечеловеческом смысле должна пониматься как ясность, отсутствие противоречия между тем, что человек думает и что он говорит, стремление выполнить каждое дело наилучшим образом»³². Добросовестное выполнение обязательств, с точки зрения А.Н. Талалаева, является «средством поддержания международного мира и развития дружественных и добрососедских отношений, обеспечения международной безопасности»³³. При этом, утверждает автор, добросовестность – это не просто моральный принцип, а императив, который государства не могут обойти в своих взаимоотношениях, не подрывая сами основы международного правопорядка³⁴.

Международно-правовые нормы, составляющие институт добросовестности, последовательно отражены в ряде международных нормативно-правовых актах. Так, в п. 2 ст. 2 Устава ООН содержится правило о добросовестности выполнения обязательств по международным договорам. В статье 5 Устава Организации американских государств отмечено, что «добросовестность должна руководить отношениями между государствами». Необходимость выполнять обязательства добросовестно отражена в Декларации о запрещении применения военного, политического или экономического принуждения при заключении международных договоров 1969 г. Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г. также отмечает

необходимость такого выполнения международных обязательств, которое является добросовестным. Более того, институт добросовестности выполнения обязательств по международным договорам нашел отражение и в международной судебной практике. Так, Международный Суд ООН в консультативном заключении по вопросу о приеме государств в Организацию Объединенных Наций отметил, что изложенные в ст. 4 Устава ООН условия приема не препятствуют государству-члену принимать во внимание при голосовании «любые обстоятельства, которые справедливо и добросовестно можно сочетать с условиями, изложенными в этой статье»³⁵.

Добросовестность как верность обязательствам, вытекающим из международных договоров, будучи категорией оценочной, должна удовлетворять некоторым признакам (критериям оценки). Наличие этих признаков в действиях участников международного договора свидетельствует о добросовестном характере их поведения. К таким признакам (критериям) можно отнести следующие:

1. Учет требований добросовестности в процессе разработки текста международного договора и при его заключении (ст. 49 Венской конвенции 1969 г.)

2. Учет требований добросовестности на всех стадиях заключения международного договора.

3. Соблюдение требования добросовестности в период временного применения международного договора (ст. 25 Венской конвенции 1969 г.)

4. Реализация требования добросовестности, соответствующего «букве» и «духу» международного договора.

5. Воздержание от действий, лишаящих договор его объекта и цели (ст. 18 Венской конвенции 1969 г.)

6. Учет требований добросовестности при толковании международных договоров (ст. 31 Венской конвенции 1969 г.)

7. Незлоупотребление государствами своими правами при выполнении международных договоров (ст. 300 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.)

8. Недобросовестность выполнения международного договора должна влечь международно-правовую ответственность.

Международные средства обеспечения выполнения международных договоров. Практика применения государствами различных средств обеспечения выполнения международных договоров

достаточно обширна и берет свое начало со времен древних государств, когда достаточно распространенным явлением было обеспечение межгосударственных договоров, например, при помощи клятв, обмена заложниками, залога (с разными залоговыми объектами).

Современный институциональный механизм обеспечения выполнения обязательств по международным договорам также располагает определенным арсеналом средств. Однако необходимо иметь ввиду, что в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. не содержится указания на такие средства обеспечения.

Следует отметить, что в науке международного права нет единства мнений по вопросу о классификации средств обеспечения международных договоров. Так, О.И. Тиунов называет в числе таковых международные гарантии³⁶, международный контроль³⁷, создание специальных международных органов и иные средства (принятие специальных обязательств, конкретизация и детализация, консультации, решения Международного Суда ООН, временное применение международного договора)³⁸. По мнению А.Н. Талалаева, к основным средствам обеспечения международных договоров следует отнести международные гарантии, международный контроль, международные конференции, комиссии и консультации, а также внутригосударственные меры³⁹. С.Ю. Марочкин, говоря об обеспечении выполнения международных договоров, называет такие средства как международные гарантии, международный контроль, создание специальных комитетов и конференции по рассмотрению действия договоров⁴⁰.

В рамках настоящей статьи рассматриваются устоявшиеся в международной практике средства обеспечения выполнения международных договоров, такие как международные гарантии и международный контроль. При этом не оспаривается существование и иных средств обеспечения.

Институт международных гарантий. В науке международного права прочно утвердилось мнение о том, что международные (международно-правовые) гарантии представляют собой отдельный институт международного права. Определяя понятие международной гарантии, А.Н. Талалаев называет ее актом, в котором государство или государства обязуются в случае необходимости сделать все от них зависящее, чтобы побудить другое государство или государства выполнить заключенный между ними договор⁴¹. О.И. Тиунов придерживается мнения, что международно-правовые гарантии – это «особый юридический

режим, в рамках которого государства-гаранты на основе международного договора (основного или дополнительного к нему) берут на себя обязательства и ответственность за обеспечение его действия и принятие действенных мер (индивидуально, взаимно или коллективно) по защите определенных договором прав и обязательств государств, которым предоставлена гарантия, по защите определенного правила поведения или правового положения, определенного положения вещей с учетом принципов уважения суверенитета, невмешательства во внутренние дела и других основных принципов международного права»⁴². При этом автор делит международно-правовые гарантии на общие и специальные, простые (индивидуальные) и сложные (взаимные, коллективные)⁴³. С.Ю. Марочкин однозначно называет международные гарантии одним из средств обеспечения соблюдения договоров и определяет их как принятие субъектами международного права односторонних или многосторонних обязательств по проведению международных или внутригосударственных мер, направленных на осуществление положений и целей договоров⁴⁴. Кроме того, ученый отводит международным гарантиям роль «важной меры доверия», которая обладает значительным сдерживающим эффектом (в особенности в сфере разоружения, ограничения вооружений)⁴⁵.

Небезынтересна точка зрения А.М. Ибрагимова, который резюмируя историческую ретроспективу института международных гарантий, называет «гарантии общего порядка», а именно: утверждение и осуществление принципа *pacta sunt servanda*, создание межгосударственных органов для исполнения договоров, приведение внутригосударственного законодательства в соответствие с международными договорами, кодификация договорных норм международного права, их регистрация и опубликование⁴⁶.

Позиции ряда ученых представляются спорными, однако их освещение значительно увеличило бы объем настоящей статьи. Вместе с тем, необходимо отметить общность мнений по вопросу о характерных чертах международно-правовых гарантий. К ним следует отнести следующие положения: 1) международно-правовые гарантии устанавливаются в договорном порядке (в тексте первоначального договора или в дополнительном соглашении); 2) международно-правовые гарантии должны соответствовать основным принципам международного права (например, принципам суверенного равенства, невмешательства во внутренние дела, равноправия народов); 3) реализация

международно-правовых гарантий не может быть сопряжена с нарушением прав и законных интересов государства или государств, которым предоставляется такая гарантия; 4) обеспечение выполнения международных договорных обязательств может быть сопряжено с реализацией внутригосударственных гарантийных мер.

Институт международного контроля. По мнению большинства юристов-международников международный контроль представляет собой важнейшее средство обеспечения выполнения международных договоров и сложившийся международно-правовой институт. При этом (также как и в случае с международными гарантиями) отсутствие позитивной нормы международного права относительно сущности международного контроля осложняет унификацию подходов к его пониманию. В этой связи считаем полезным указать несколько доктринальных точек зрения на понятие международного контроля. Зачастую международный контроль определяется через его предназначение и цели контрольной деятельности.

В подтверждение данного тезиса, И.И. Котляров отмечает, что основное предназначение контрольных механизмов состоит в том, чтобы «путем проверки убедиться, насколько соответствуют действия государств принятым международным обязательствам»⁴⁷. Следует согласиться с мнением ученого, согласно которому институт международного контроля имеет, прежде всего, превентивное значение для обеспечения выполнения международных обязательств государств. Такого же мнения придерживается Р.М. Валеев⁴⁸. Отдельные аспекты института международного контроля, в частности применительно к ограничению вооружений, разоружению, атомной энергии, рассматривает Р.М. Тимербаев⁴⁹. По мнению С.Ю. Марочкина, основной функцией международного контроля является установление соответствия фактического поведения государств правовым предписаниям путем проверки (наблюдения, инспекций, заслушивания докладов, представления информации)⁵⁰. Такое понимание международного контроля, по утверждению автора, следует считать типичным и устоявшимся. Фактическое выполнение зависит в основном от сознательно-волевого характера действий самих субъектов международного права. В этой связи необходимо подчеркнуть первостепенное значение рассмотренных ранее институтов обязательности и добросовестности в механизме обеспечения выполнения международных договоров. Наличие международного контроля само по себе не обеспечивает выполнение обязательств,

утверждает И.И. Котляров. Для этого нужны «добрая воля и добросовестность партнеров по договору»⁵¹.

Международный контроль, с точки зрения Р.М. Валеева представляет собой «основанную на общепризнанных принципах и нормах международного права деятельность субъектов международного права или созданных ими органов, заключающуюся в проверке соблюдения государствами международно-правовых обязательств и в принятии мер по их выполнению»⁵². По мнению Устиновой Е.Ю., международный контроль – это «основанная, как правило, на международном договоре и осуществляемая в соответствии с основными принципами и нормами международного права деятельность субъектов международного права или созданных (уполномоченных) ими органов по проверке соблюдения государствами международных договорных обязательств с целью обеспечения их надлежащего выполнения»⁵³.

Некоторыми особенностями отличается определение международного контроля, предлагаемое А.Н. Талалаевым. Международным контролем, по мнению ученого, следует считать согласованную деятельность государств или международных организаций по проверке соблюдения государствами принятых на себя договорных обязательств с целью обеспечения их точного и неукоснительного выполнения⁵⁴. А.Н. Талалаев субъектами контрольной деятельности считает государств и международных организации, тогда как подавляющее большинство авторов относит к таковым всех субъектов международного права. Однако такую позицию А.Н. Талалаева не следует считать противоречивой, поскольку фактически международный контроль и осуществляется именно этими двумя субъектами. Более спорным представляется утверждение о необходимости обеспечения «точного и неукоснительного» выполнения международных договорных обязательств. Такое требование, действительно, применимо к международным договорам, содержащим обязательства конкретного (абсолютного) характера (например, обязательства о количественных ограничениях обычных вооружений и техники в рамках Договора об обычных вооруженных силах в Европе от 19 ноября 1990 г.⁵⁵). В то же время большое количество международных договоров содержит обязательства, подпадающие под понятие «оценочные». В этом случае точность и неукоснительность их выполнения может быть недостижима из-за отсутствия единообразия в понимании и толковании положений договора (например, применительно к названному Договору об обычных вооруженных

силах в Европе затруднено толкование термина «существенные боевые силы» и выполнение обязательств, связанных с ним; обязательство государства-участника Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.⁵⁶ предоставить собственным гражданам право на доступ к международному правосудию затруднялось в связи с отсутствовавшим общим пониманием «исчерпания всех внутригосударственных средств защиты»).

Резюмируя вышеизложенное, следует отметить принципиальную общность взглядов на предназначение и цель международного контроля. В этом смысле представляется возможным обозначить основные характерные черты международного контроля: 1) международный контроль устанавливается, как правило, в договорном порядке; 2) международный контроль (деятельность органов и конкретные меры) должны соответствовать основным принципам международного права (например, принципам суверенного равенства, невмешательства во внутренние дела); 3) международный контроль должен отвечать принципу соразмерности (т.е. объем контроля должен соответствовать объему контролируемых действий); 4) международный контроль ограничивается от национального контроля за выполнением международных договорных обязательств, однако при этом находится в постоянном взаимодействии с последним.

Иные средства обеспечения выполнения международных договоров. К средствам обеспечения выполнения обязательств по международным договорам можно отнести созыв конференций (преимущественно в рамках деятельности международных организаций). А.Н. Талалаев указывает на конференции государств – участников Договора о нераспространении ядерного оружия от 1 июля 1968 г., Договора о запрещении размещения на дне морей и океанов и в его недрах ядерного оружия и других видов оружия массового уничтожения от 11 февраля 1971 г.⁵⁷

К отдельному виду средств обеспечения выполнения обязательств по международным договорам может быть отнесено создание специальных органов (в т.ч. совместных комиссий, рабочих групп и подгрупп). Так, Конвенция о режиме судоходства по Дунаю от 18 августа 1948 г. предусматривает создание Дунайской комиссии; подобные речные комиссии созданы и на других международных реках⁵⁸. О.И. Тиунов называет смешанные комиссии, использовавшиеся в практике двусторонних отношений государств, например болгаро-датская

смешанная комиссия по Договору об экономическом, промышленном и техническом сотрудничестве от 2 сентября 1967 г., советско-греческая комиссия по научно-техническому сотрудничеству, созданная на основе Соглашения о научно-техническом сотрудничестве между СССР и Греческой Республикой от 10 июня 1977 г.⁵⁹ Создание совместной рабочей группы предусматривается в Соглашении между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Молдова о сотрудничестве в области охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов от 20 февраля 2008 г., а также в ряде других современных международных договоров.

В качестве средств обеспечения выполнения обязательств по международным договорам некоторыми авторами называются, в частности, принятие специальных обязательств и заключение дополнительных договоров, конкретизация международных обязательств, поддержание регулярных контактов и проведение консультаций, а также финансовое обеспечение международного договора.

Необходимо отметить, что выделение различных «иных» средств обеспечения международных договоров имеет смысл в том случае, если их можно отграничить от международных гарантий и международного контроля.

Институт ответственности за невыполнение обязательств по международным договорам. Существует мнение, что средства обеспечения выполнения международных договоров и средства международно-правовой ответственности применяются для защиты норм международного права как предупреждение, недопущение нарушений договоров⁶⁰. Действительно, сама потенциальная возможность применения мер международно-правовой ответственности вследствие нарушения положений международного договора имеет превентивное предназначение. По мнению Л.Х. Мингазова «институт ответственности выполняет корректирующую функцию в механизме международно-правового регулирования»⁶¹. Верным, на наш взгляд, является утверждение, согласно которому «государства, участвующие в международных отношениях, видят основное назначение международно-правовой ответственности в обеспечении соблюдения норм международного права...»⁶²

Наряду с превентивной функцией международно-правовая ответственность выполняет функции правосстановительную и карательную. В этом случае она выступает в качестве юридического последствия международно-противоправного деяния. При этом для

государства-нарушителя возникает обязательство претерпеть определенные неблагоприятные последствия. Вероятно, возникающую меру ответственности можно считать «дополнительным обязательством», которое служит заменой обязательства по международному договору⁶³.

Нормативным основанием международно-правовой ответственности следует считать международно-правовые акты, устанавливающие международно-правовые обязательства, международные договоры в частности. При этом важнейшим обстоятельством является четкость и конкретность определения обязательств участников международного договора, т.е. границ дозволенного поведения и того, что будет являться отклонением от предписаний. В противном случае затрудняется определение условий ответственности и применение ее конкретных мер.

К сожалению, современную договорную практику отличает отсутствие положений об ответственности за нарушение договора (несоблюдение или ненадлежащее соблюдение) и условий ее реализации. А ведь именно сам международный договор должен выступать основным способом установления норм об ответственности. О.И. Тиунов полагает, что основным принципиальным отличием средств обеспечения выполнения международных договорных обязательств и средств (мер) ответственности является то, что основанием первых выступает специальный международный договор (соглашение), а основанием вторых служит несоблюдение участником международного договора установленных предписаний⁶⁴. Однако следует учитывать и тот факт, что в большинстве случаев осуществление международно-правовой ответственности (т.е. применение конкретных мер) носит согласительный характер. Для установления формы и объема международно-правовой ответственности применяются переговоры, в т.ч. дипломатические, соглашения, конференции. Достигнутая договоренность может быть зафиксирована в специальном соглашении, определяющем обязанности государства-нарушителя в отношении государства-потерпевшего.

Наибольшую актуальность в настоящее время имеет необходимость закрепления в международных договорах как минимум – обязанности сотрудничать друг с другом при возникновении факта нарушения международного договора, как максимум – определенных мер ответственности за определенные нарушения. Такой подход будет способствовать не только цели кодификации, но и прогрессивному развитию международного договорного права.

В заключение следует отметить, что нормы институтов обязательности и добросовестности выполнения международных договорных обязательств прочно прижились в практике межгосударственных отношений. Выполнение обязательств происходит в основном на добровольной основе. Вместе с тем, механизму обеспечения выполнения обязательств свойственны и дополнительные меры, в частности средства обеспечения международных договорных обязательств, а также меры международно-правовой ответственности как элемент международно-правового принуждения.

The Institutional Mechanism of Ensuring for Meeting Commitments under International Treaties: Definition and Basic Elements (Summary)

*Natalia S. Simonova (Nikitenko)**

In the international relations practice as well as in the international law doctrine there is no unified approach to define and comprehend the essence of the mechanism of ensuring for meeting commitments under international treaties. An article deals with the definition of such mechanism as a system of international law institutes, the regulations of which, being applied, really ensure for meeting commitments under international treaties. At the same time the main conditions of obligation and conscientiousness unite all the institutes. The basic elements of the institutional mechanism of ensuring for meeting commitments under international treaties are: institutes of obligation and conscientiousness, international and internal means to ensure for meeting commitments under international treaties, institutes of courts and international organizations, institute of responsibility and liability. Moreover, characteristics of the basic elements of the institutional mechanism of ensuring for meeting commitments under international treaties are contained in the article.

Keywords: international treaty; meeting commitments under international treaties; obligation and conscientiousness of international treaties; means to ensure for meeting commitments under international treaties; mechanism of ensuring for meeting commitments under international treaties.

* Natalia S. Simonova (Nikitenko) – Professor of the East-Siberian Institute of the Ministry of Interior (Irkutsk), Doctoral candidate in the Moscow University of the Ministry of Interior, Ph.D. in Law, professor, a Member of International Law Association (Russian branch). nns@mail.ru.

- ¹ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 20-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1988. – С. 283; Словарь русского языка: в 4-х т. / АН СССР, Ин-т рус. яз.; под ред. А.П. Евгеньевой. – 3-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1986. – Т. 2. – С. 263.
- ² См.: Тиунов О.И., Каширкина А.А., Морозов А.Н. Выполнение международных договоров Российской Федерации / отв. ред. О.И. Тиунов. – М.: Норма, 2012. – С. 8-9.
- ³ Игнатенко Г.В. Акты о порядке исполнения международных договоров СССР в механизме реализации международно-правовых норм // Проблемы реализации норм международного права: межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1989. – С. 12.
- ⁴ Курдюков Г.И. О целях и интересах государств при исполнении норм международных договоров // Исполнение международных договоров СССР. Вопросы теории и практики: межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1986. – С. 33.
- ⁵ Там же. С. 35. По нашему мнению, к формам правомерных действий государств (с общетеоретической точки зрения) следует отнести и использование (правомочий).
- ⁶ См.: Миронов Н.В. Институт исполнения международных договоров в советском праве // Исполнение международных договоров СССР. Вопросы теории и практики: межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1986. – С. 12–22.
- ⁷ См.: Тиунов О.И. Средства обеспечения международных договоров (понятие и классификация) // Исполнение международных договоров СССР. Вопросы теории и практики: межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1986. – С. 39 – 40.
- ⁸ См.: Марочкин С.Ю. Применение в СССР норм международных договоров (к разработке проблемы) // Проблемы реализации норм международного права: межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск, 1989. – С. 9.
- ⁹ Два последних элемента Н.В. Мироновым называются, но не рассматриваются. См.: Н.В. Миронов. Институт исполнения международных договоров в советском праве. С. 13.
- ¹⁰ См.: Марочкин С.Ю. Проблема эффективности норм международного права. – Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1988. – С. 79.
- ¹¹ См.: Тиунов О.И. Международно-правовые средства реализации международных договоров // Вопросы универсальности и эффективности международного права: межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск: УрГУ, 1981. – С. 27 – 28.
- ¹² К международным средствам обеспечения, как правило, относят: международно-правовые гарантии, международный контроль, деятельность специальных международных органов и иные (например, взаимные консультации, созыв конференций, меры финансового обеспечения). Внутригосударственные средства обеспечения выполнения обязательств по международным договорам включают принятие необходимых законодательных мер внутри государства, деятельность органов государства и другие.
- ¹³ Котляров И.И. Международный контроль с использованием космических средств (международно-правовые проблемы). – М.: Межд. отн., 1981. – С. 5.
- ¹⁴ Ибрагимов А.М. Характерные черты развития международно-правовых гарантий в XIX-XX вв. // Московский журнал международного права. – 2009. – № 2. – С. 13.
- ¹⁵ Тиунов О.И. Принцип соблюдения международных обязательств. – М.: Межд. отн., 1979. – С. 75.

¹⁶ Суворова В.Я. О.И. Тиунов. Принцип соблюдения договоров в международном праве. – Пермь: Изд-во Пермского ун-та, 1976. 152 с. Рецензия // Правоведение. – 1976. – № 6. – С. 132.

¹⁷ Международное право в избранных документах. Т.2. – М., 1957. – С. 77.

¹⁸ См.: Bishop W.W. International Law. Cases and Materials. – N.Y., 1953, p. 105.

¹⁹ Указанная резолюция была посвящена агрессивным устремлениям Германии. Текст резолюции см.: Hackworth J.H. Digest of International Law. Vol. 1. – Washington, 1943, p. 165.

²⁰ URL: <http://www.un.org/ru/documents/charter/chapter.shtml> (дата обращения: 18.06.2013 г.); Сб. действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. – М., 1956. – С. 14-47.

²¹ URL: <http://www.un.org/ru/documents/charter/chapter16.shtml> (дата обращения: 14.06.2013 г.).

²² URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 18.05.2013 г.); Международное публичное право: сб. документов. Т. 1. – М.: БЕК, 1996. – С. 67-87; Doc. UNO A/Conf. 39/27, 23 May 1969, p. 16.

²³ Резолюцию 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 г. см.: URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml (дата обращения: 10.05.2013 г.).

²⁴ Часть 1 Преамбулы к Декларации о принципах международного права торжественно провозглашает в числе прочих принцип добросовестного выполнения государствами обязательств, принятых ими в соответствии с Уставом и указывает что «каждое государство обязано добросовестно выполнять обязательства», принятые им в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, общепризнанными принципами и нормами международного права и международными соглашениями, имеющими силу согласно общепризнанным принципам и нормам международного права.

²⁵ См.: Действующее международное право. Т. 1. – М., 1996. – С. 73-79; Международное публичное право: сб. документов. Т. 1. – М.: БЕК, 1996. – С. 8-12.

²⁶ См., например: документ Основы взаимоотношений между СССР и США от 29 мая 1972 г.// Внешняя политика Советского Союза и международные отношения: сб. документов. – М., 1973. – С. 85.

²⁷ Такое понимание действительного международного договора предлагает, в частности, О.И. Тиунов. См.: Тиунов О.И. Принцип соблюдения международных обязательств. С. 76.

²⁸ Статьи 34-37 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 18.05.2013 г.); Международное публичное право: сб. документов. Т. 1. – М.: БЕК, 1996. – С. 67-87.

²⁹ Статья 38 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 18.05.2013 г.); Международное публичное право: сб. документов. Т. 1. – М.: БЕК, 1996. – С. 67-87.

³⁰ Тиунов О.И. Принцип соблюдения международных обязательств. С. 38.

³¹ Исходя из различных мнений можно выделить три аспекта добросовестности выполнения международных договоров – моральный, цивилистический и международно-правовой.

- ³² Кейта Ш.А. Конституционное обеспечение исполнения международных договоров: Автореф. дисс. ... к.ю.н. – Киев, 1991. – С. 10.
- ³³ Талалаев А.Н. Право международных договоров: Действие и применение договоров. – М.: Межд. отн., 1985. – С. 6.
- ³⁴ См.: Там же. С. 24.
- ³⁵ Доклады Комиссии международного права о работе ее шестнадцатой сессии 11 мая – 24 июля 1964 года. – Нью Йорк, 1964. – С.5.
- ³⁶ См.: Тиунов О.И. СССР и обеспечение международных договоров: Учеб. пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. – Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1989. – С. 44-72.
- ³⁷ См.: Там же. С. 73-90.
- ³⁸ См.: Там же. С.110-117.
- ³⁹ См.: Талалаев А.Н. Право международных договоров: Действие и применение договоров. С. 113-167.
- ⁴⁰ См.: Марочкин С.Ю. Эффективность норм международного права: понятие, критерий и условия: Дисс. ... к.ю.н. – Свердловск, 1984. – С. 142-160.
- ⁴¹ См.: Талалаев А.Н. Право международных договоров: Действие и применение договоров. С. 113.
- ⁴² Тиунов О.И. СССР и обеспечение международных договоров. С. 52; Он же. Международно-правовые гарантии как средство обеспечения международных договоров. С. 90-91.
- ⁴³ См., также: Тиунов О.И., Каширкина А.А., Морозов А.Н. Выполнение международных договоров Российской Федерации / Отв. ред. О.И. Тиунов. – М.: Норма, 2012. – С. 212.
- ⁴⁴ См.: Марочкин С.Ю. Эффективность норм международного права: понятие, критерий и условия. С. 143.
- ⁴⁵ См.: Там же. С. 146; Бюллетень МАГАТЭ. Дополнение. 1982. С. 48-50.
- ⁴⁶ См.: Ибрагимов А.М. Характерные черты развития международно-правовых гарантий в XIX–XX вв. С. 19-20.
- ⁴⁷ Котляров И.И. Контроль за соблюдением обязательств государств в международном гуманитарном праве // Государство и право. – 2002. – № 2. – С. 75.
- ⁴⁸ См.: Кривчикова Э.С. Международный контроль – важное средство достижения эффективности международного права (Валеев Р.М. Контроль в современном международном праве. – Казань: Изд-во «Центр инновационных технологий», 2001. – 300 с.). Рецензия // Московский журнал международного права. – 2002. – № 2. – С. 217.
- ⁴⁹ См.: Тимербаев Р. М. Контроль за ограничением вооружений и разоружением. – М.: Международные отношения, 1983. – 216 с.; Он же. Международный контроль над атомной энергией. – М.: Права человека, 2003. – 367 с.
- ⁵⁰ См.: Марочкин С.Ю. Эффективность норм международного права: понятие, критерий и условия. С. 148.
- ⁵¹ Котляров И.И. Международный контроль с использованием космических средств (международно-правовые проблемы). С. 8.
- ⁵² Кривчикова Э.С. Международный контроль – важное средство достижения эффективности международного права. С. 217.
- ⁵³ Устинова Е.Ю. Международный контроль за соблюдением международных договоров: Автореф. дисс. ...к.ю.н. – М., 2008. – С. 5, 11-12.
- ⁵⁴ См.: Талалаев А.Н. Право международных договоров: Действие и применение договоров. С. 117.

⁵⁵ Действие договора в отношении Российской Федерации приостановлено в соответствии с Федеральным законом от 29.11.2007 № 276-ФЗ «О приостановлении Российской Федерацией действия Договора об обычных вооруженных силах в Европе» // Рос. газ. 2007. 3 дек.

⁵⁶ Конвенция ратифицирована Российской Федерацией Федеральным законом от 30.03.1998 № 54-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1998. № 14. Ст. 1514; Рос. газ. 1998. 7 апр. № 67.

⁵⁷ См.: Талалаев А.Н. Право международных договоров: Действие и применение договоров. С. 114-115.

⁵⁸ См.: Там же. С. 116.

⁵⁹ См.: Тиунов О.И. СССР и обеспечение международных договоров. С. 52; Он же. Международно-правовые гарантии как средство обеспечения международных договоров. С. 90-91.

⁶⁰ См.: Тиунов О.И., Каширкина А.А., Морозов А.Н. Выполнение международных договоров Российской Федерации. С. 190.

⁶¹ Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы: Дисс. ...д.ю.н. – Казань, 2000. – С. 336.

⁶² Курис П. Международные правонарушения и ответственность государств. – Вильнюс, 1973. – С. 87.

⁶³ Такой подход отражен в работе французских юристов. См.: Thierry H., Sur S., Combasau J., Valee Ch. Droit International Public. – Paris, 1975. P. 667. Цит по.: Мингазов Л.Х. Эффективность норм международного права: теоретические проблемы. С. 340.

⁶⁴ См.: Тиунов О.И., Каширкина А.А., Морозов А.Н. Выполнение международных договоров Российской Федерации. С. 190.

МЕЖДУНАРОДНАЯ БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

Международно-правовые вопросы передачи лиц в интересах правосудия

*Остроухов Н.В.**

*Ромашев Ю.С.***

В статье анализируются сложные правовые и процессуальные аспекты, связанные с передачей лиц другим государствам в интересах правосудия.

Ключевые слова: международное право; передача лиц; международная преступность.

Важным аспектом международного сотрудничества в борьбе с преступностью являются вопросы передачи лиц другому государству в интересах осуществления уголовного правосудия.

Следует заметить, что часто термины «передача» и «выдача» ассоциируют как синонимы, что неверно, т.к. они предусматривают разное содержание, иные ситуации и правовые основания. Так, выдача лиц, совершивших или подозреваемых в совершении преступлений, в иностранное государство осуществляется в целях судебного преследования за преступление, которое ее может повлечь, либо для вынесения или исполнения приговора суда в связи с таким преступлением. В свою очередь государства предоставляют возможность иностранным гражданам, осужденным к лишению свободы за совершение преступления, возможность отбывать наказание в стране их гражданства.

* Остроухов Николай Викторович – д.ю.н., профессор Российского университета дружбы народов. ostroukhov_nv@gov.ru.

** Ромашев Юрий Сергеевич – д.ю.н., профессор, профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». romashev_us@mail.ru.

С этой целью государства заключают международные договоры о передаче таких лиц (далее – договоры о передаче) или действуют по собственной инициативе в соответствии со своим законодательством, как правило, на основе взаимности. Глава 55 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ) также предусматривает такую «передачу»¹.

Основная масса международных договоров в этой области носит двусторонний характер. Россия заключила такие договоры со многими государствами². Этому вопросу посвящен ряд международных договоров регионального уровня. К их числу, например, можно отнести Конвенцию о передаче осужденных к лишению свободы для дальнейшего отбывания наказания 1998 г., заключенную в рамках СНГ, и Конвенцию о передаче осужденных лиц 1983 г., подписанную государствами – членами Совета Европы. Согласно этим договорам государства обязуются по запросу передавать друг другу лиц, осужденных к лишению свободы за уголовное преступление на территории одной стороны и являющихся гражданами другой стороны, в страну их гражданства для отбывания наказания.

Передача осужденного для отбывания наказания может осуществляться по предложению стороны, судом которой вынесен приговор (далее – государство вынесения приговора) или стороны, гражданином которой является осужденный (далее – государство исполнения приговора). Международными договорами, как правило, допускается, что осужденный, его близкие родственники или законный представитель или адвокат вправе обратиться к компетентным органам государства вынесения приговора или государства исполнения приговора с ходатайством о передаче осужденного.

Согласно международному праву передача осужденного к лишению свободы может осуществляться при наличии, как правило, следующих условий:

- осужденный является гражданином государства исполнения приговора;

- приговор суда об осуждении лица к лишению свободы вступил в законную силу;

- если судебное решение является окончательным;

- имеется ходатайство о передаче со стороны вышеуказанных лиц;

- имеется письменное согласие осужденного или в случае, если осужденный в силу возраста, физического или психического состояния

не может свободно выражать свою волю, – согласие его законного представителя;

лицо осуждено за такие деяния, которые по законам сотрудничающих сторон, осуществляющих прием-передачу, являются преступлениями, влекущими наказание в виде лишения свободы;

на момент получения просьбы о передаче срок лишения свободы, который не отбыт, составляет, как правило, не менее шести месяцев;

имеется согласие государства вынесения приговора и государства исполнения приговора о передаче и приеме осужденного.

Однако, передача осужденного к лишению свободы для отбывания наказания в государстве своего гражданства не единственная разновидность передачи лиц в интересах правосудия. Следует напомнить, что в соответствии с п. 3 ст. 1 (Законы, определяющие порядок уголовного судопроизводства) УПК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью законодательства Российской Федерации (хотя, это положение некорректно и не соответствует ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, т.к. в ней говорится не о законодательстве, а о правовой системе Российской Федерации – прим. автора), регулирующего уголовное судопроизводство. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим Кодексом, то применяются правила международного договора. Т.е., УПК РФ не исключает иные ситуации, которые предусмотрены международным правом, в части юридически обязательных норм для Российской Федерации. К их числу также можно отнести:

передачу лиц, содержащихся под стражей, для дачи показаний или оказания помощи в проведении расследований в иностранном государстве;

передачу лица в международный орган, осуществляющий правосудие;

передачу лица, осужденного международным судебным органом, для отбывания наказания в какое-либо государство;

передачу лица, подозреваемого в совершении преступлений, минуя судебные органы своего государства.

На практике нередко возникает необходимость передачи в иностранное государство лиц, содержащихся под стражей, для дачи показаний или оказания помощи в проведении расследований. Механизм такой передачи нашел отражение во многих двусторонних

и многосторонних договорах. Так, например, согласно Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 г. лицо, которое находится под стражей или отбывает срок тюремного заключения в одном государстве-участнике и присутствие которого в другом государстве-участнике требуется для целей дачи показаний, установления личности или оказания иной помощи в получении доказательств для расследования или уголовного преследования в связи с преступлениями в соответствии с названной Конвенцией, может быть передано. Компетентные власти обоих государств достигают согласия на приемлемых условиях, а само передаваемое лицо свободно дает на то свое согласие на основе полной информации.

Механизм передачи лиц для указанных целей нашел закрепление в Типовом договоре о взаимной помощи в области уголовного правосудия, принятом резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 45/117 от 14 декабря 1990 г. В частности, Типовой договор определяет, что, если в соответствии с законами запрашиваемого государства передаваемое лицо должно содержаться под стражей, запрашивающее государство содержит это лицо под стражей и возвращает его запрашиваемому государству после завершения судебного разбирательства, в связи с которым была подана просьба о его передаче, или еще раньше, если нет необходимости в его дальнейшем пребывании в запрашивающем государстве.

Об институте передачи лица в международный орган, осуществляющий правосудие, говорится, например, в Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии 1993 г. Так, государства сотрудничают с Трибуналом в вопросах расследования и судебного преследования лиц, обвиняемых в совершении серьезных нарушений международного гуманитарного права. Государства без каких-либо неоправданных задержек выполняют любые просьбы об оказании помощи или приказы Судебной камеры Трибунала, в частности в вопросах выдачи или передачи обвиняемых Трибуналу. Аналогичные положения содержатся в Уставе Международного трибунала по Руанде 1994 г. Однако в чем заключается отличие «выдачи» от «передачи», эти документы не уточняют.

В связи с созданием Международного уголовного суда появилась необходимость в том, чтобы лица, совершившие преступления, которые подпадают под юрисдикцию Суда, были «предоставлены в распоряжение» данного органа для осуществления уголовного правосудия. Заметим, что в соответствии с терминологией Римского статута

Международного уголовного суда в этой ситуации используется термин «предоставление в распоряжение», а не «передача лица».

Для того чтобы разграничить эти термины Статут уточняет, что под «предоставлением в распоряжение» понимается доставка лица государством в данный Суд, а «выдача» означает доставку лица одним государством в другое государство в соответствии с положениями международного договора, конвенции или национального законодательства.

Передача лица, осужденного международным судебным органом, для отбывания наказания в какое-либо государство довольно распространенная ситуация исполнения наказаний в международных уголовных трибуналах. Так согласно уставам трибуналов по бывшей Югославии и Руанде тюремное заключение отбывается в государстве, определенном международным трибуналом на основе перечня государств, которые заявили Совету Безопасности ООН о своей готовности принять осужденных лиц.

Передача лица, подозреваемого в совершении преступлений, минуя судебные органы своего государства. Например, такая процедура передачи стала актуальной в связи с осуществлением мер по борьбе с пиратством и вооруженным разбоем вблизи берегов Сомали. Государства, осуществляющие правоохранительные функции в этой области, на практике сталкиваются со сложностью реализации этого вопроса. Нередко возникала ситуация, когда иностранный военный корабль, захвативший пиратов, не знал, как с ними поступить: или предать суду в своем государстве, которое находится очень далеко, или отдать властям Сомали, где они, как правило, отпускались и продолжали заниматься пиратством.

Практика борьбы с пиратством у берегов Сомали показала, что военные корабли не всегда пригодны для содержания лиц, подозреваемых в пиратстве и вооруженном разбое против судов. Поэтому у ВМС возникала потребность в быстрой передаче без задержек захваченных лиц наиболее близко расположенным прибрежным государствам. Зачастую положительного ответа приходилось дожидаться несколько дней. К этому добавлялась проблема ограниченных сроков содержания под стражей, а также то, что осуществляющие морское патрулирование государства нередко не могли найти государство – либо в регионе, либо в другом месте, – которое согласилось бы принять подозреваемых для целей судебного преследования³.

Заметим, что в Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 1988 г. закреплена

ситуация, когда капитан судна государства-участника («государства флага») может передать компетентным органам любого другого государства-участника («принимающего государства») любое лицо, в отношении которого у него имеются разумные основания считать, что оно совершило одно из преступлений, указанных в Конвенции. Такая передача, например, подтверждена ст. 69 «Возбуждение уголовного дела публичного обвинения и осуществление неотложных следственных действий капитаном судна» Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г. Однако она не распространяется на граждан Российской Федерации, а также лиц без гражданства, постоянным местом жительства которых является наше государство.

В то же время, передача военным кораблем задержанных лиц по подозрению в пиратстве или совершении иного акта, угрожающего безопасности морского судоходства, как в этой Конвенции, так и в Конвенции 1982 г. не предусмотрена. Положения Конвенции 1988 г. не применяются к действиям военного корабля и положения ее ст. 8 о «передаче» капитаном судна, для командира военного корабля или иного уполномоченного осуществлять захват за пиратство судна, не являются приемлемыми. Для целей передачи в таких ситуациях необходимо заключение соответствующих международных договоров.

Несколько государств, осуществляющих морское патрулирование в пиратоопасных районах вблизи побережья Сомали, ЕС договорились с отдельными государствами региона, с тем чтобы иметь возможность передавать последним подозреваемых и все соответствующие доказательства. С этой целью был начат процесс подписания двусторонних соглашений о передаче задержанных по подозрению в пиратстве лиц для судебного преследования в государствах региона. Кения и Сейшельские Острова в данном вопросе являются примером в регионе. Так, до настоящего времени с Кенией⁴ заключили подобного рода соглашения о передаче Канада, Китай, Дания, Соединенное Королевство, США и ЕС, а соглашения с Сейшельскими Островами – Соединенное Королевство и Евросоюз.

В соответствии с этими соглашениями осуществляющие морское патрулирование государства или организации арестовывают, содержат под стражей подозреваемых в море и запрашивают разрешение на их передачу у принимающего государства. В свою очередь, принимающее государство решает, следует ли согласиться на передачу, в том числе на основании предварительной оценки имеющихся

доказательств⁵. Эти соглашения также предусматривают, что обращение с подозреваемыми должно соответствовать международным стандартам в области прав человека.

В настоящее время другие осуществляющие морское патрулирование государства также стремятся к заключению подобного рода соглашений с государствами региона. Некоторые подозреваемые, в виду отсутствия соответствующей договорной базы о передаче лиц, подозреваемых в совершенных преступлениях, были освобождены. Так, по оценкам командиров европейских ВМС и ВМС НАТО, находящихся у побережья Сомали, как правило, 9 из каждых 10 захваченных пиратов судебному преследованию не подвергались. Более 90 процентов пиратов, пойманных осуществляющими морское патрулирование государствами, были отпущены на свободу без привлечения к ответственности⁶. Многие осуществляющие морское патрулирование государства, не заключившие соглашений о передаче с государствами региона, проводят в жизнь политику конфискации оружия и последующего освобождения подозреваемых. Ранее лишь некоторые военно-морские силы государств предпочитали немедленно освобождать пиратов, уничтожая суда и оружие. Ныне эта практика стала правилом, а судебное преследование – исключением⁷. Поэтому по-прежнему сохраняется острая потребность в расширении круга государств, которые соглашались бы на прием подозреваемых. Это решило бы проблему безнаказанности большинства задержанных пиратов. Практика «поймай и освободи», делает незначительным риск для пиратов по сравнению с возможной прибылью и стимулирует пиратство, способствует его рецидиву. Так, в Сомали был отмечен ряд повторных случаев, когда пойманными пиратами оказывались лица, которые ранее были отпущены из-за отсутствия принимающего государства, которое бы могло осуществить их преследование.

Существует точка зрения, согласно которой решение варианта, при котором сомалийские пираты, осужденные в соседних государствах, смогут передаваться в Сомали, позволил бы устранить крупное препятствие на пути их действенного уголовного преследования. К тому же пираты, приговоренные сейчас к тюремному заключению в регионе, ходатайствуют об отбывании наказания в Сомали⁸.

Юридическая рабочая группа Контактной группы по борьбе с пиратством у берегов Сомали проанализировала возможные процедуры заключения соглашений о передаче между государствами,

осуществляющими судебное преследование (Сейшельские Острова и Маврикий) и государствами тюремного заключения (Сомали). По ее мнению, для создания «цепочки передачи» (из задержавшего государства в государство, осуществляющее судебное преследование, и государство тюремного заключения) в первоначальных соглашениях между задержавшим государством и государством, осуществляющим судебное преследование, должны устанавливаться условия, в соответствии с которыми производится вторая передача в Сомали. В качестве модели предлагается соглашение между ЕС и Кенией, в котором установлено требование о согласии ЕС на любую последующую передачу. В том, что касается спорного вопроса о согласии заключенного, то, по мнению Специального советника Генерального секретаря по правовым вопросам, касающимся пиратства у берегов Сомали, Джека Ланга, это согласие не является необходимым условием, когда государство тюремного заключения является также государством гражданства исполнителя преступления⁹.

Таким образом, институт «передачи» лица в интересах осуществления уголовного правосудия весьма многогранен и охватывает различные ситуации, нашедшие отражение в международном праве. Основные их виды могли бы найти отражение в УПК РФ.

International-legal Aspects dealing with Transfer of Persons for the Interest of Justice (Summary)

*Nikolai V. Ostroukhov**

*Yuri S. Romashev***

There are analyzed complex legal and procedural aspects, dealing with transfer of persons to other states in interest of justice.

Keywords: international law; transfer of persons; justice; international crimes.

* Nikolai V. Ostroukhov – Doctor of Laws, professor of the Russian Peoples' Friendship University. ostroukhov_nv@gov.ru.

** Yuri S. Romashev – Doctor of Laws, professor, professor of the National Research University "Higher School of Economics". romashev_us@mail.ru.

¹ Согласно ст. 469 «Основания передачи лица, осужденного к лишению свободы» УПК РФ основанием передачи лица, осужденного судом Российской Федерации к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является, а равно для передачи гражданина Российской Федерации, осужденного судом иностранного государства к лишению свободы, для отбывания наказания в Российской Федерации является решение суда по результатам рассмотрения представления федерального органа исполнительной власти, уполномоченного в области исполнения наказаний, либо обращения осужденного или его представителя, а равно компетентных органов иностранного государства в соответствии с международным договором Российской Федерации либо письменным соглашением компетентных органов Российской Федерации с компетентными органами иностранного государства на основе принципа взаимности.

² См., например, Договор между Российской Федерацией и Азербайджанской Республикой о передаче осужденных для отбывания наказания (Москва, 26 мая 1994 г.), Договор между Российской Федерацией и Королевством Испания о передаче для отбывания наказания лиц, осужденных к лишению свободы (Москва, 16 января 1998 г.), Договор между Российской Федерацией и Литовской Республикой о передаче для отбывания наказания лиц, осужденных к лишению свободы (Вильнюс, 25 июня 2001 г.), и др.

³ Доклад Генерального Секретаря ООН от 26 июля 2010 г. (Док. ООН S/2010/394).

⁴ Кения выразила определенное неудовлетворение, отраженное, в частности, в сделанном ею в марте 2010 г. заявлении о своем намерении выйти из соглашений о передаче, участницей которых она является, ссылаясь на угрозу принятия ответных мер и необходимость того, чтобы соответствующее бремя также несли и другие государства (Доклад Специального советника Генерального секретаря по правовым вопросам, касающимся пиратства у берегов Сомали (Док. ООН S/2011/30).

⁵ Как Кения, так и Сейшельские Острова отказывали в передаче подозреваемых в случае, когда объем доказательств был недостаточен для того, чтобы можно было рассчитывать на вынесение обвинительного приговора (Доклад Генерального Секретаря ООН от 26 июля 2010 г. (Док. ООН S/2010/394).

⁶ Сообщение агентства Франс Пресс от 29 декабря 2010 г.

⁷ Док. ООН S/2010/394.

⁸ Док. ООН S/2011/30.

⁹ Док. ООН S/2011/30.

МЕЖДУНАРОДНОЕ КОСМИЧЕСКОЕ ПРАВО

Актуальные проблемы международной ответственности в сфере космической деятельности

*Жуков Г.П.**

*Волынская О.А.***

Современная космическая деятельность (КД) переживает процесс интенсивной коммерциализации. Увеличение числа неправительственных участников космической деятельности, создание и внедрение новых передовых технологий в космической промышленности стимулируют рост конкуренции на мировом космическом рынке. Главной целью исследования и использования космоса становится извлечение прибыли.

В то же время динамичное развитие частной КД, сопряженное с активизацией коммерческих запусков и расширением состава коммерческих спутниковых группировок на околоземных орбитах, повышает угрозу опасных сближений и столкновений функционирующих аппаратов, что представляет потенциальную опасность не только для космического имущества, но прежде всего для жизни и здоровья людей – как в космосе, так и на Земле.

* Жуков Геннадий Петрович – д.ю.н., профессор кафедры международного права Российского университета дружбы народов, заслуженный юрист Российской Федерации; академик Международной академии астронавтики и Академии дипломатических наук, почетный директор Международного института космического права. zhukovgp@gmail.com.

** Волынская Ольга Александровна – аспирант кафедры международного права международно-правового факультета Всероссийской академии внешней торговли Минэкономразвития России. o.a.volynskaya@roscosmos.org..

В связи с указанными процессами особую актуальность приобретает вопрос о достаточности и эффективности действующего международного космического права (МКП) для обеспечения стабильности и безопасности космических операций в современных условиях, прежде всего – механизмов международной ответственности в космической сфере, которая является системообразующим элементом в МКП и стимулом развития национального космического законодательства.

Ключевые слова: международная ответственность; космическая деятельность; коммерциализация; международное космическое право.

Общее международное право рассматривает международную ответственность как обязанность субъектов международного права нести юридические последствия международно-противоправных деяний¹, а также причинения ущерба в результате деятельности, не запрещенной нормами международного права.

В то же время в МКП термин «ответственность» используется в ином значении. Так, статья VI Договора по космосу 1967 г.² вводит международную ответственность государств («responsibility») за космическую *деятельность в соответствии с принятыми обязательствами*, а не за их нарушение. В свою очередь, в статье VII Договора по космосу, а также принятой в развитие его норм Конвенции об ответственности 1972 г.³, используется категория «liability», которая означает ответственность за *ущерб* вследствие как правомерной КД, так и нарушения международно-правового обязательства (п. 2 ст. VI Конвенции об ответственности).

Согласно ст. 4-11 Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния⁴, государства несут международную ответственность за *противоправное поведение своих органов и должностных лиц*, фактически действующих под руководством или контролем данного государства. Что касается иных (физических и юридических) лиц, их деяния не входят в сферу международно-правовой ответственности государств⁵.

Поскольку КД может нанести значительный вред как отдельным государствам и лицам под их юрисдикцией, так и человечеству в целом, мировое сообщество пришло к выводу о том, что общий международно-правовой режим ответственности в полной мере не гарантирует стабильность и правопорядок в области КД. В этой связи была

выработана уникальная для международного космического права формула (ст. VI Договора по космосу):

«Государства-участники Договора несут международную ответственность за национальную деятельность в космическом пространстве, включая Луну и другие небесные тела, независимо от того, осуществляется ли она правительственными органами или неправительственными юридическими лицами⁶, и за обеспечение того, чтобы национальная деятельность проводилась в соответствии с положениями, содержащимися в настоящем Договоре. Деятельность неправительственных юридических лиц в космическом пространстве, включая Луну и другие небесные тела, должна проводиться с разрешения и под постоянным наблюдением соответствующего государства – участника Договора».

Таким образом, впервые в международном праве международная ответственность государств была распространена на деятельность *частных лиц* под их юрисдикцией.

Международная космическо-правовая ответственность⁷ за ущерб

Повышенный риск наступления негативных последствий космической деятельности обусловил необходимость разработки принципа международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, как логическое продолжение принципа международной ответственности за национальную КД (ст. VII Договора по космосу):

«Каждое государство – участник Договора, которое осуществляет или организует запуск объекта в космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, а также каждое государство – участник Договора, с территории или установок которого производится запуск объекта, несет международную ответственность за ущерб, причиненный такими объектами или их составными частями на Земле, в воздушном или в космическом пространстве, включая Луну и другие небесные тела, другому государству – участнику Договора, его физическим или юридическим лицам».

Определение ущерба закреплено в п. «а» ст. I Конвенции об ответственности: это «лишение жизни, телесное повреждение или иное повреждение здоровья; либо уничтожение или повреждение имущества государств, либо физических или юридических лиц или имущества международных межправительственных организаций». Однако как показала практика⁸, данное определение не охватывает все случаи

причинения вреда (например, вред экологии Земли и космоса, в том числе небесных тел)⁹.

Согласно конвенционному определению, ущерб должен быть причинен непосредственно космическим объектом или его элементами¹⁰, а не результатами его использования. Так, использование неverified спутниковых данных, повлекшее ущерб, не подпадает под определение п. «а» ст. 1, так как отсутствует причинно-следственная связь между космическим объектом, предоставившим такие данные, и неблагоприятными последствиями. Следовательно, в подобных случаях нет оснований для применения Конвенции об ответственности, хотя налицо причинение вреда.

В данном контексте важно отметить следующее: сравнительно-правовой анализ ст. VII Договора по космосу и п. «а» ст. I Конвенции об ответственности показывает, что ущерб в контексте Конвенции понимается ограниченно в сравнении с Договором. С формально-юридических позиций определение ущерба введено «для целей настоящей Конвенции [об ответственности]», как сказано в абз. 1 указанной статьи. Следовательно, в иных источниках МКП, в первую очередь Договоре по космосу, ущерб может пониматься в ином, расширенном смысле – что очевидно следует из формулировки ст. VII Договора. Тем самым, Договор по космосу предоставляет лучшую защиту нарушенных прав третьих лиц, пострадавших в результате космической деятельности, чем Конвенция об ответственности.

Проблема ответственности в зависимости от вины и абсолютной ответственности за ущерб в МКП

В МКП выделяются две категории международной ответственности за ущерб: абсолютная ответственность и ответственность в зависимости от вины (ст. II и III Конвенции об ответственности).

Статья VII Договора по космосу возлагает на государства международную ответственность за ущерб, причиненный их космическими объектами, а ст. XII Конвенции об ответственности конкретизирует, что запускающее государство несет **абсолютную ответственность** (вне зависимости от наличия и степени вины) за выплату компенсации за ущерб, который может быть причинен космическим объектом данного государства на поверхности Земли или воздушному судну в полете¹¹.

Если же «ущерб космическим объектом запускающего государства причинен космическому объекту другого запускающего государства

либо лицам или имуществу на борту такого космического объекта в любом месте, помимо поверхности Земли», применяется **критерий вины** для определения ответственности (ст. III Конвенции об ответственности). Однако установление вины запускающего государства на практике осложняется в силу отсутствия универсальных критериев вины.

По мере увеличения числа запусков растет угроза столкновений в космосе, особенно на низких околоземных орбитах, где наблюдается максимальное число космических аппаратов, отработанных частей ракет-носителей, а также неизмеримое количество фрагментов космического мусора, каждый из которых представляет потенциальную опасность для космических операций. В этой связи представляется целесообразным ужесточить систему международной ответственности в МКП вплоть до установления абсолютной ответственности запускаящих государств за любой ущерб, причиненный в ходе КД¹². Подобный подход с юридической точки зрения вполне оправдан, так как риску подвергаются все находящиеся на околоземных орбитах космические объекты, включая пилотируемые. Однако проблема возникает в технической части: как отмечалось выше, для определения запускающего государства, на которое должна быть возложена такая ответственность за причиненный ущерб, необходимо обладать более совершенными системами и методами идентификации вредоносного объекта или его фрагмента, чем имеются на сегодняшний день.

Значение термина «запускающее государство» для определения международной ответственности за ущерб

Как следует из ст. II и III Конвенции об ответственности, международная ответственность за ущерб, причиненный космическим объектом, возлагается на государство, которое является запускающим в отношении такого объекта. В п. «с» ст. I Конвенции перечислены четыре критерия отнесения государств к рассматриваемой категории: данное государство осуществляет или организует запуск космического объекта, либо запуск производится с его территории или установок.

Наибольшую трудность для понимания вызывает критерий организации запуска («procure the launching»). В российской правовой науке отсутствует прямой аналог английскому термину «procurement», который в частноправовых отношениях понимается как поставка, закупка, снабжение, приобретение. В случае с космическим запуском по смыслу Конвенции об ответственности целесообразно оперировать

термином «организация запуска», то есть фактически заказ государства осуществить космический запуск в его интересах¹³. Проблема при использовании данного критерия состоит в определении степени участия государства в подготовке и проведении запуска, чтобы такое государство было квалифицировано запускающим. К примеру, если государство принимает участие в проведении небольшого эксперимента на борту частного космического объекта, или предоставляет незначительные компоненты в процессе производства такого объекта, или направляет технических специалистов для контроля процесса производства¹⁴ – в подобных случаях вряд ли можно однозначно утверждать, что данное государство организует запуск и, тем самым, является запускающим. Очевидно, данный вопрос будет решаться индивидуально в каждом практическом случае.

Территориальный критерий представляется наиболее очевидным, однако на практике встречаются случаи, когда космические запуски осуществляются вне территории какого-либо государства. Ярким примером является проект «Морской старт», в рамках которого коммерческие запуски производятся с дрейфующей платформы, расположенной в открытом море вне пределов государственной юрисдикции. Платформа зарегистрирована по праву Либерии, пусковые установки на ней принадлежат российской Ракетно-космической корпорации «Энергия», запуски иностранных космических аппаратов организует консорциум «Морской старт», штаб-квартира которого находится в Берне (Швейцария), а пусковым оператором является компания «Energia Logistics Ltd.», зарегистрированная по праву США. Налицо целый круг запускающих государств, среди которых главным ответчиком в случае причинения ущерба третьим лицам, учитывая структуру собственности (95% акций консорциума «Морской старт» принадлежат РКК «Энергия», доля государственного участия в которой составляет 38,22%), будет Российская Федерация¹⁵.

Также непросто определить запускающее государство при передаче прав в отношении космического объекта, находящегося на орбите. Конвенция об ответственности не содержит норм о «погашении» ответственности, тем самым, государство лица, передающего свои права на космический аппарат, остается запускающим, хотя и теряет возможность осуществлять юрисдикцию и контроль в отношении данного аппарата¹⁶.

Солидарная ответственность за ущерб в результате совместной космической деятельности государств

Современные космические проекты слишком затратны для одного государства, поэтому залогом их эффективной реализации является объединение производственных, технологических, финансовых, людских и иных ресурсов двух и более государств. Каждый подобный проект сопряжен с риском наступления неблагоприятных последствий, прежде всего – для третьих лиц, непосредственно не участвующих в КД. Чтобы обеспечить защиту их прав и гарантировать возмещение причиненного им ущерба, в МКП была выработана формула солидарной ответственности запускающих государств за вред, причиненный их космическими объектами третьим лицам (п. 1 ст. IV Конвенции об ответственности):

«Если в любом месте, помимо поверхности Земли, космическому объекту одного запускающего государства либо лицам или имуществу на борту такого объекта причинен ущерб космическим объектом другого запускающего государства и тем самым причиняется ущерб третьему государству либо его физическим или юридическим лицам, то два первых государства несут солидарную ответственность перед этим третьим государством».

Пострадавшее третье лицо не обязано доказывать, какой именно космический объект привел к ущербу; достаточно лишь установить связь между изначальным происшествием и наступившими негативными последствиями для третьей стороны, что позволит выявить запускающие государства, обязанные компенсировать такой ущерб. Тем самым, пострадавшая сторона имеет более широкие возможности для получения компенсации за причиненный вред.

Запуск космического объекта является наиболее сложным и рисковым этапом КД, особенно если он осуществляется усилиями нескольких государств. В этой связи в ст. V Конвенции об ответственности предусмотрена солидарная ответственность участников совместного запуска за любой причиненный ущерб. Согласно п. 2 ст. V Конвенции об ответственности, государство-участник совместного запуска, возместившее ущерб единолично, вправе предъявить прочим участникам запуска регрессное требование о возмещении своих расходов. Иные правила распределения финансовых обязательств между участниками совместных запусков могут быть закреплены отдельными межправительственными соглашениями¹⁷, однако подобные договоренности

никоим образом не затрагивают права пострадавшего лица требовать выплаты компенсации в полном объеме от любого, нескольких или всех запускающих государств.

Роль коммерциализации в области космической деятельности

Государства поощряют всемерное участие коммерческих компаний в осуществлении перспективных и экономически выгодных космических проектов, постепенно отстраняясь от непосредственного участия в КД. Как показывает практика, современная КД может успешно осуществляться исключительно частными компаниями без участия государств, что порождает неопределенность при попытке международно-правового обоснования новых правоотношений в космосе.

Основополагающие международные соглашения по космосу не регулируют вопросы коммерческого использования космического пространства и в то же время не содержат прямого запрета частных операций в космосе¹⁸. Только упомянутая выше статья VI Договора по космосу содержит положения, косвенно затрагивающие правовой статус коммерческой КД, в том числе обязанность государств-участников Договора обеспечить разрешительный порядок и наблюдение за национальной частной космической деятельностью. Таким образом, государства наряду с механизмами стимулирования роста коммерческого сектора обязаны обеспечить соблюдение фундаментальных принципов КД, одним из которых является принцип международной ответственности за причиненный космическими объектами ущерб – вне зависимости от формы собственности в отношении таких объектов.

Участвующая практика передачи прав на функционирующие коммерческие космические аппараты приводит к тому, что в случае ущерба с участием таких аппаратов компенсация может быть истребована у государств, которые изначально являлись запускающими, но вследствие передачи прав на космический объект утратили возможность осуществлять юрисдикцию и контроль в его отношении. Возникновение подобных правовых коллизий можно предупредить путем заключения соглашений о совместных запусках или проектах сотрудничества между запускающими государствами и государством, под юрисдикцией которого находится космический объект после передачи соответствующих прав в его отношении¹⁹. Преимуществом таких договоренностей является возможность для государств, осуществляющих запуск

национальных космических аппаратов за рубежом, обеспечить эффективное наблюдение и контроль за деятельностью своих частных операторов, а также определенность в отношении границ потенциально-го финансового бремени ответственности.

Заключение

Как показывает практика и подтверждает проведенный выше анализ, космическая деятельность связана с повышенным риском и представляет потенциальную опасность для жизни и здоровья людей, имущества, окружающей среды Земли и космоса. Поэтому КД требует усиленного контроля государств, четкой регламентации международной ответственности за причиненный ущерб и действенных механизмов защиты пострадавших от неблагоприятных последствий такой деятельности. Особую актуальность данное требование приобретает в условиях коммерциализации КД.

Международно-правовой режим коммерческой деятельности в космосе необходим, чтобы гармонизировать и усовершенствовать действующее национально-правовое регулирование частных космических операций, стимулировать выработку соответствующих внутригосударственных правовых механизмов новыми государствами-участниками «космического клуба», гарантировать соответствие национального законодательства по коммерческой космической деятельности фундаментальным принципам МКП. В то же время такой международно-правовой режим должен быть максимально гибким, чтобы привлечь частный сектор к участию в КД и стимулировать инвестирование коммерческих проектов.

Таким образом, главной проблемой МКП в современных условиях является соблюдение баланса государственных и коммерческих интересов: с одной стороны, необходимо стимулировать и поощрять проекты, имеющие целью коммерческую выгоду, а с другой – гарантировать неукоснительное следование фундаментальным принципам и нормам МКП, прежде всего об исследовании и использовании космоса на благо и в интересах всего человечества в мирных целях на основе недискриминации и международного сотрудничества. Решением обозначенной проблемы является создание всестороннего международного частноправового режима коммерческой космической деятельности,

причем такой режим должен быть неотъемлемой частью международного космического права.

Current Problems of International Responsibility and Liability in the Domain of Space Activities (Summary)

*Gennady P. Zhukov**

*Olga A. Volynskaya***

Modern space activities are undergoing intensive commercialization. The widening of the private space sector, creation and implementation of advanced technologies in the space industry are stimulating competition growth in the world space market. Profit becomes the main purpose of the exploration and use of outer space.

At the same time the dynamic development of private space activities, which leads to activation of commercial space launching and enlargement of non-governmental orbital satellite constellations, elevates the threat of dangerous approximation of spacecraft and even accidents in orbit thus posing a real danger not only to space equipment, but in the first place to lives and health of people – both in outer space and on the Earth.

In the above circumstances the issue of sufficiency and effectiveness of International Space Law to ensure stability, safety and security of space operations, and first of all – of its international responsibility and liability mechanism as a cornerstone of International Space Law and an incentive for the enhancement of national space legislations, comes to the fore.

Keywords: international responsibility and liability; space activities; commercialization; international space law.

* Gennady P. Zhukov – Doctor of laws, Professor of the International Law Department of the People's Friendship University, Honoured Jurist of Russia; Academician of the International Academy of Astronautics gennady.zhukov@gmail.com.

** Olga A. Volynskaya – postgraduate student of the International Law Department, Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of Russia. o.a.volynskaya@roscosmos.org.

¹ Согласно ст. 1 Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, разработанного Комиссией международного права ООН и принятого к сведению резолюцией ГА ООН 56/83 от 12.12.2001, «каждое международно-противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства».

² Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (Договор по космосу). Принят резолюцией ГА ООН 2222 (XXI) от 19.12.1966, открыт для подписания 27.01.1967, вступил в силу 10.10.1967.

³ Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами (Конвенция об ответственности). Утверждена резолюцией ГА ООН 2777 (XXVI) от 29.11.1971, открыта для подписания 29.03.1972, вступила в силу 01.09.1972.

⁴ Принят к сведению резолюцией ГА ООН 56/83 от 12.12.2001.

⁵ См.: Международное право: учебник / Отв. ред. Ю.М. Колосов, В.И. Кузнецов. М.: Международные отношения, 2004. С. 259.

⁶ В русском тексте Договора по космосу термин «non-governmental entities» был переведен как «неправительственные юридические лица», что, однако, не вполне корректно, так как к категории «entities» относятся также и физические лица.

⁷ Термин введен проф. Рубановым А.А. См.: Международная космическо-правовая ответственная ответственность / Отв. ред. П.И. Лукин. – М.: Наука, 1977. – 267 с.

⁸ См.: Volynskaya O.A. Landmark space-related accidents and the progress of space law // German Journal of Air and Space Law. – 2013. – № 2. – P. 220–236.

⁹ На момент разработки Конвенции об ответственности проблемы ущерба окружающей среде не были приоритетными и не принимались во внимание. Однако на сегодняшний день ввиду угрожающих темпов роста химического, биологического, радиологического засорения космического пространства и атмосферы Земли конвенционное определение не является исчерпывающим и требует доработки. Подробнее см.: Жуков Г.П. Международное космическое право и вызовы XXI столетия. М.: РУДН, 2011. – С. 20–21.

¹⁰ Интересно, что ст. VII Договора по космосу и Конвенция об ответственности рассматривают причинение ущерба космическим объектом, не затрагивая случаи негативного нематериального воздействия на космический объект, например, при помощи лазерных излучений или радиоволн. Очевидно, что такое воздействие способно вывести из строя космический аппарат или как минимум свести его с орбиты. Более того, как показал инцидент 2007 года с китайским метеорологическим спутником (Китай сбил спутник // Онлайн-журнал «ВЗГЛЯД». 19.01.2007. URL: <http://www.vz.ru/politics/2007/1/19/65008.html> (дата обращения: 15.09.2013)), случайное или преднамеренное разрушение космического аппарата на орбите влечет образование огромного числа фрагментов космического мусора, потенциально для космических операций.

¹¹ Размер компенсации, как следует из ст. XII Конвенции об ответственности, должен восстановить положение пострадавшей стороны, которое существовало бы, если бы ущерб не был причинен. Данный принцип *restitutio in integrum* был заимствован из решения Постоянного суда международного правосудия по делу о заводе в Chorzow от 26 июля 1927 г. – Publications of the Permanent Court of International Justice. – 1927. – Series A, № 9. – 63 p.

¹² См.: Kerrest A. The Liability Convention and Liability for Space Activities // Proceedings of the UN/IASL Workshop on Capacity Building in Space Law. The Hague: United Nations,

2003. P. 30; Zhukov G.P. The Problem of Absolute Liability on the Moon // International Astronautical Congress. AIAA, 2009. P.251–254.

¹³ Такой подход коррелирует с содержанием соответствующих терминов в редакциях п. «с» ст. I Конвенции об ответственности на других языках ООН: *faire procéder* (фр.) – обеспечить осуществление, выполнение; *promover* (исп.) – способствовать, содействовать; *促使* (*cùshǐ*) (кит.) – побуждать, способствовать, стимулировать; *مُ* (араб.) – устраивать, принимать меры, заранее подготавливать.

¹⁴ Hermida J. International Space Law / Legal Basis for a National Space Legislation. The Hague, London, Boston: Kluwer Academic Publishers, 2004. URL: <http://julianhermida.com/algoma/intlawreadingsspacelaw.pdf> (дата обращения: 20.08.2013).

¹⁵ Как показал неудачный запуск спутника «Интелсат-27» в феврале 2013 г., требуются четкие механизмы государственного контроля деятельности РКК «Энергия» и ее аффилированных компаний в рамках проекта «Морской старт», чтобы минимизировать финансовое бремя государства в случае причинения ущерба в результате запуска. В настоящее время проводится анализ перспектив приобретения Российской Федерацией контрольного пакета акций РКК «Энергия». – Энергия, достойная лучшего применения // Газета «Коммерсантъ». 01.03.2013 (№ 37 (5068)). URL: www.kommersant.ru/doc/2138306/print (дата обращения: 24.08.2013).

¹⁶ Kerrest A. The Liability Convention... P. 25–30.

¹⁷ Яркий пример такой договоренности – п. 2 ст. 10 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Французской Республики о долгосрочном сотрудничестве в области разработки, создания и использования ракет-носителей и размещении ракеты-носителя «Союз-СТ» в Гвианском космическом центре (ГКЦ): «Финансовые расходы по возмещению ущерба, причиненного третьей стороне в результате запуска РН [ракеты-носителя. – Прим. авторов] «Союз-СТ» из ГКЦ оператором запуска, несет оператор запуска в пределах 60 миллионов евро за один запуск. В случае если расходы по возмещению ущерба превысят 60 миллионов евро, то расходы свыше указанной суммы компенсируются Сторонами согласно принципу паритетности».

¹⁸ См.: Верешетин, В.С. Космическое право в общем правовом поле (общность и особенности) // Международное право. – 2010. – № 1 (41). – С. 45–79.

¹⁹ Такая рекомендация была закреплена в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 59/115 (резолюция ГА ООН 59/115 от 10.12.2004).

МЕЖДУНАРОДНОЕ ВОЗДУШНОЕ ПРАВО

Вопросы правового регулирования каботаж в внутригосударственных актах: сравнительный анализ

*Зафиг Халилов**

В статье приведены обозначение каботаж (9-ая «свобода воздуха») данные в соответствующих законодательных актах различных стран и их сравнительные черты, в связи с этим определены перспективы усовершенствования национального законодательства, комментарии теоретически – практических вопросов относительно правового регулирования, и даны определенные предложения.

Ключевые слова: каботаж; 9-ая «свобода воздуха»; воздушные перевозки.

С момента начала развития гражданской авиации, государства любыми средствами держали в центре внимания правовое регулирование коммерческой деятельности авиакомпаний, а также держали контроль над ним в своих территориях, стараясь стимулировать и защищать этот вид транспорта. Говоря о правовом регулировании коммерческой деятельности авиакомпаний надо особенно подчеркнуть коммерческие права авиакомпаний. Среди них особенно должны быть подчеркнуты 8-ая и 9-ая степени «свободы воздуха» (права каботаж). Но надо отметить, что в статье дано особое место только вопросам правового регулирования внутри-государственных перевозок (каботаж), осуществляемых иностранными авиакомпаниями. Эти перевозки называются 9-ой «свободой воздуха» в международной воздушно-правовой

* Зафиг Халилов – докторант кафедры «Юриспруденции» Национальной Авиационной Академии (Азербайджан). zafiq@mail.ru.

теории. Ученый-правовед В.Д. Бордунов дает следующее полное понятие 9-ой «свободе воздуха»: «Девятая «свобода воздуха» – право осуществления каботажных перевозок по маршруту, проходящему полностью по территории предоставляющего это право государства»¹. Как видно составляющий основу современного международного воздушного права как с точки зрения теории, так и практики, каботажные авиаперевозки считаются одной из актуальных тем сегодняшнего дня. В соответствующих внутригосударственных законодательных актах различных стран определение каботаж (9-ая «свобода воздуха») и указание его сравнительных черт, в связи с этим определение перспектив совершенствования национального законодательства и комментарии теоретически-практических вопросов относительно правового регулирования, считаются основной целью данной статьи. Для достижения этой цели рассмотрения вопросов, указанных ниже, особенно важны:

- определение сути 9-ой «свободы воздуха» (каботаж), анализ современного международно-правового регулирования²;
- указание вопросов каботажных авиаперевозок в соответствующих законодательных актах иностранных государств и определение его сравнительных черт;
- определение перспектив совершенствования национального законодательства относительно каботаж и комментарии теоретически-практических вопросов в связи с правовым регулированием;
- раскрытие вопросов применения модели в Турции, которая будет применена в перспективе в национальном законодательстве и применение режима «Открытого Неба» в рамках Союза Тюрских государств, СНГ или ГУАМ;

Методологическую основу статьи составляет общеправовые и особые научные методы. Из общеправовых методов были использованы системный анализ, обобщение нормативных, научных и практических материалов, исторический подход, а из особых научных методов логичность, сравнительно – правовой и другие методы.

Термин каботаж впервые был использован в международном морском праве. В современном международном морском праве каботаж обозначает торговлю между портами вдоль одного берега или одной и той же географической единицы государства или между двумя разными морями³. А в теории международного воздушного права понятие термина каботаж определяется так: «Каботажные авиаперевозки обозначают перевозку пассажиров, багажа и груза между двумя

пунктами в пределах государства, используя воздушное судно, зарегистрированное за границей»⁴. В юридических словарях определение каботажу дано в следующем виде: Каботажные воздушные перевозки (air cabotage) – являются воздушными перевозками в целом между аэропортами, находящиеся в пределах территории одного государства⁵.

По нашему мнению, вкратце каботажные авиаперевозки могут быть определены как коммерческие авиаперевозки иностранного авиаперевозчика в пределах территории государства. Для понятие сути каботажных авиаперевозок можно указать следующие практические примеры. Осуществления авиаперевозок авиакомпанией Узбекистана между Бирмингемом и Лондоном на территории Великобритании могут быть примером этого. В качестве другого примера можно указать авиаперевозки авиакомпании США Delta AirLines между Гамбургом и Мюнхеном⁶ или же рейсы Канадской авиакомпании между Чикаго и Нью-Йорком⁷ и т.д. В общем, надо отметить, что каботажные авиаперевозки регулируются международными договорами и конвенциями. Принцип каботажу взят из положений Парижской (1919) и Гаванской Конвенций (1928). В связи с этим надо особенно подчеркнуть Варшавскую Конвенцию «По унификации некоторых правил международных авиаперевозок» от 12 октября 1929 года и Конвенцию о международной гражданской авиации (Чикагская конвенция 1944 года). Согласно Статье 7 Чикагской Конвенции под именем «Каботаж»: «Каждое Договаривающееся Государство имеет право отказывать в разрешении воздушным судам других Договаривающихся Государств принимать на борт на своей территории пассажиров, почту и груз, перевозимые за вознаграждение или по найму и имеющие назначением другой пункт в пределах своей территории. Каждое Договаривающееся Государство обязуется не вступать в какие-либо соглашения, которые специально предоставляют любую такую привилегию на исключительной основе любому другому Государству или авиакомпании любого другого Государства и не получать любой из этих привилегий на исключительной основе от какого-либо другого Государства.» Согласно этой Конвенции право каботажу предусмотрено для каждого государства-члена. Отношения ученых-правоведов к этой статье различны.

По мнению ученого-правоведа Д.Андриотиса, читая Статью 7 Чикагской Конвенции здесь выявляются правовые разногласия. Статья 7 в первую очередь подтверждает фундаментальный принцип суверенитета. Так как это дает возможность каждому государству-участнику

договора отказать в права каботажу другим сторонам. Надо отметить, что несмотря на эти указания, это по сути не запрет. Если 1-ая часть Статьи выражена четко, то 2-ая часть отражает обратную философию и выражает анти-дискриминацию⁸.

Так американский юрист У. Шихан считает, что обязательство государств не вступать ни в какие соглашения, которые дают какому-либо государству или его авиапредприятию право выполнять каботажные перевозки на исключительной основе, предполагает предоставление такого права либо всем желающим (государством или авиапредприятиям), либо никому⁹.

Согласно другой позиции, сторонниками которой являются, например, П. Мендес де Леон, Ж. Наво, Б. Хавел, государства могут вступать в соглашения, предусматривающие право выполнять каботажные перевозки для каких-либо государств или их авиапредприятий, не нарушая при этом статью 7, если данные соглашения специально не указывают, что право каботажу предоставляется на исключительной основе¹⁰. Считаем, что согласно Статьи 7 Чикагской Конвенции каботажные авиаперевозки не запрещены в абсолютном порядке. Эту статью можно понять так, что каботажные авиаперевозки могут быть запрещены. То есть, участники конвенции, суверенные государства могут отказать в выдаче каботажного права воздушным судном других государств-участников. Надо отметить, что положения Чикагской Конвенции носят не императивный, а диспозитивный характер. Как указано в Статье 38 Конвенции каждое государство может объявить практическую невозможность выполнения этой или другой статьи Конвенции на своей территории. Но так как практически это выгодно и поэтому почти все государства-участники принимают основные положения Конвенции.

Согласно законодательству ряда стран внутригосударственные (каботажные) перевозки могут быть выполнены только национальными авиакомпаниями этой страны. Каботажное право выдается иностранному государству или иностранному авиаперевозчику только в исключительных случаях. Согласно воздушному кодексу большинства стран или соответствующим действующим законодательным актам в этой отрасли право иностранного авиаперевозчика на каботажные перевозки в пределах той страны может быть запрещено. В первую очередь обратим внимание на практику стран СНГ относительно определения каботажных авиаперевозок в внутригосударственных законодательных

актах. В этих странах в основном в каботажном праве (9-ая «свобода воздуха») отражено отношение государства.

В Воздушных Кодексах как Кыргызстана (Воздушный кодекс Республики Кыргызстана от 15.04.1994 года), так и Таджикистана (Воздушный кодекс Республики Таджикистана от 13.11.1998 года) иностранным авиационным предприятиям не разрешается осуществлять авиаперевозки в пределах границ государства без разрешения соответствующего государственного органа (специально уполномоченного органа в области гражданской авиации)¹¹. Надо отметить, что получение каботажного права в этих странах практически возможно.

Осуществление каботажных авиаперевозок по Воздушному Кодексу Республики Беларусь от 16.05.2006 года возможно только с разрешения специально уполномоченного органа в области гражданской авиации¹². Как видно из статьи, Республика Беларусь подошла к каботажным авиаперевозкам с более позитивной стороны и подготовила почву для реализации такого вида перевозок внутри страны. Надо отметить, что в апреле 2012 года Беларусская авиакомпания «Белавиа» планировала реализовать каботажные перевозки между городами России. А также предусматривалось внести изменения в законодательность в этой связи для очередного раунда переговоров. В этом случае надо было внести изменение в законодательность России и выдать каботажное право или авиапредприятиям всех стран или же только Беларуси¹³. Надо отметить, что Беларусь осуществляет активный обмен этими правами со странами Евросоюза. Касательно вышеуказанного вопроса, мы считаем, что было бы целесообразно взглянуть на внутри-государственный акт Российской Федерации.

В статье 63 «Коммерческая деятельность в области гражданской авиации иностранных авиационных предприятий, международных эксплуатационных агентств и иностранных индивидуальных предпринимателей» главы 9 «Авиационные Предприятия» «Воздушного кодекса Российской Федерации», касательно каботаж в среде прав, которые не имеют иностранные авиационные предприятия, международные эксплуатационные агентства и иностранные индивидуальные предприниматели указывается:

«принимать на территории Российской Федерации на борт воздушных судов пассажиров, багаж, грузы и почту для воздушных перевозок в пределах территории Российской Федерации без разрешений уполномоченного органа в области гражданской авиации, выдаваемых

в порядке, установленном Правительством Российской Федерации»¹⁴. Несмотря на несколько обращений Правительству Российской Федерации относительно процедур по согласию на каботаж, это не было реализовано. В России деятельность иностранных авиакомпаний ограничена 5-ой «свободой воздуха». Сегодня ни одна иностранная авиакомпания не имеет право на каботажные авиаперевозки на территории России. Вместе с этим, Россия тоже не может осуществлять каботажные авиаперевозки в Европе. Российский ученый-правовед С.И.Коровин отмечает, что ограничения в статье 63.5 «Воздушного Кодекса» РФ соответствуют статьям 6 и 7 Чикагской Конвенции. Он также ссылается на Положения РФ о Федеральном Воздушном транспорте¹⁵. Из всех вышесказанных становится ясно, что в Воздушных кодексах России и Беларуси нашли отражения по сути одинаковые, но различные подходы относительно каботажа. Так как в Беларуси каботажное право разрешается, а Россия устанавливает запрещающие нормы при помощи авиационных правил. Если подойти к этому вопросу с российской точки-зрения, мы видим, что мысль о том, что авиапромышленность страны еще с Советских времен всегда была впереди и как супердержава она должна думать о развитии национальных авиапредприятий, привела к применению запрещающих норм в этой области. Для государства, имеющего огромную территорию, особенно как государство, старающееся всегда формировать авиапромышленность, такое требование законодательства может считаться нормальной. За исключением стран Евросоюза и ряда других стран большинство государств не разрешает другим авиаперевозчикам, кроме своих национальных реализовывать каботажные авиаперевозки.

На Украине разрешается иностранным авиапредприятиям реализовывать первую, вторую, третью, четвертую и девятую свободу воздуха в специфической форме, в рамках одной статьи. Законодательство Украины выразило свое отношение к этому вопросу в своеобразном стиле. По статье 95.3 «Воздушного Кодекса» Украины в стране не отсутствуют какие-либо ограничения для реализации каботажа иностранными авиаперевозчиками¹⁶.

В статье 111. «Деятельность иностранных перевозчиков на территории Республики Узбекистан» «Воздушного кодекса» Республики Узбекистан от 07.05.1993 г. среди вопросов, на которые не имеют право иностранные перевозчики указано: Иностранные перевозчики не имеют право “принимать на территории Республики Узбекистан на борт

пассажиров, багаж, грузы и почту для перевозки в другой пункт на территории Республики Узбекистан без особого разрешения на то «Авиационной администрации»¹⁷.

И эта статья аналогична тем, которые мы привели как пример из соответствующих законодательств стран СНГ.

Кстати, касательно США политика этой страны отрицает каботаж. Это подтверждается положениями Федерального Авиационного Акта, запрещающий каботаж. Первичная строгая позиция США – защищать во внутреннем рынке авиакомпании США от иностранной конкуренции¹⁸. В статье 31 «Каботаж» «Закон Турции о гражданской авиации» от 14.10.1983 г. отмечается: «Авиаперевозка пассажиров, груза и почты на территории Республики Турция между двумя пунктами с коммерческой целью осуществляется турецкими воздушными суднами.» То есть, каботажным правом в Турции владеют только турецкие суда. Ученый-правовед Яшар Озтюрк комментируя эту статью отмечает, что говоря о турецком судне имеется ввиду судно, принадлежащее государству Турция с точки зрения собственности, юридическим лицам или принадлежащим турецким гражданам. Далее ученый-правовед особенно отмечает и обосновывает принадлежность воздушного судна реальному турецкому гражданину или юридическому лицу¹⁹. В Статье 42 «Закона о гражданской авиации» Иордании от 1953 года отмечается:

«Внутри Королевства пассажирские и грузовые авиаперевозки с коммерческой целью между двумя пунктами могут быть реализованы лицом, имеющим Иорданское гражданство или Иорданскими организациями...» И во многих двусторонних договорах, заключенных Иорданской стороной, нет никакого специфического положения, дающее право на воздушные перевозки между двумя пунктами на территории государства. Вместе с этим в некоторых двусторонних договорах Иордании имеются положения, исключающие каботаж. Такие положения нашли свое отражение в самом договоре или в его Приложениях²⁰. Австралия и Чили разрешают иностранным авиакомпаниям осуществлять внутренние пассажирские авиаперевозки²¹. Вместе с этим надо особо отметить наличие режима «Открытого Неба» в таких странах, как Австралия, Новая Зеландия, Объединенные Арабские Эмираты²².

А некоторые государства не касаясь вопроса каботажа в соответствующих законодательствах в области авиации в общих чертах определяют правила осуществления полетов и выдачу разрешений на них. Воздушные Кодексы Молдовы (от 9 июля 1997 г.) и Казахстана

(от 15.07.2010 года) не касаясь положения о полетах внутри государства со стороны иностранных авиаперевозчиков, определяют лишь общие основы, относящиеся к этому²³. Считаем, что такие государства как США, Турция, Иордания, Австралия, Чили, Россия, Беларусь, Украина, Узбекистан, Кыргызстан, Таджикистана и т. д. верно выразили свое отношение к каботажу в соответствующих законодательствах. По нашему мнению, каждое государство должно выразить свое отношение к каботажному праву и заявить о своем согласии или несогласии на такие перевозки внутри страны. Если Международная Конвенция, подписанная в Чикаго 7 декабря 1944 года о Гражданской Авиации уделяет место этому вопросу в рамках специальной статьи, значит, и каждое государство, ратифицирующее Конвенцию должно в конкретной форме выразить свое отношение относительно разрешения иностранным авиаперевозчикам на каботажные авиаперевозки в своих законодательствах.

Согласно статьи 38.1 «Осуществления регулярных воздушных сообщений» Закона Азербайджанской Республики «Об Авиации» (Закон был принят 24 июня 2005 года и вступил в силу 1 сентября 2005 года) «Владельцу эксплуатационного сертификата со стороны соответствующего исполнительного органа выдается сертификат для осуществления регулярных международных и внутренних воздушных сообщений (рейсов)»²⁴. Отмеченная статья придавая общий направляющий характер относительно регулярных воздушных сообщений в нашем национальном авиационном законе выражает возможность реализации внутренних воздушных сообщений. Из этого следует понять, что авиаперевозчик (национальный или иностранный), владеющий эксплуатационным сертификатом может осуществлять внутренние воздушные сообщения (то есть, право каботажного) в пределах территории Азербайджанской Республики. Но с этой статьи невозможно понять разрешается ли лишь иностранной авиакомпании осуществлять воздушные сообщения в пределах нашей страны. Здесь нет конкретных определений относительно прав иностранных авиакомпаний на каботажные авиаперевозки. Но отражение этого вопроса в Законе Азербайджанской Республики «Об Авиации» обозначает, что наше государство в определенном смысле не запрещает каботажные авиаперевозки. Считаем, что в Статье 38.1 национального Закона об авиации была использована стандартная форма, установленная в соответствующих законодательных актах ряда стран как общее авиационное требование.

Надо отметить, что практически внутренние авиаперевозки в Азербайджанской Республики до сих пор и ныне выполняет национальный авиаперевозчик ЗАО «АЗАЛ». А ЗАО «АЗАЛ» сумел реализовать каботажные авиаперевозки между городами Тбилиси и Кутаиси внутри Грузии. Это каботажное право стало возможным благодаря Протоколу от 20 мая 2009 года о внесении изменений в Соглашение о воздушном сообщении между Правительством Азербайджанской Республики и Республики Грузия от 3 февраля 1993 года. В Протоколе в пункте 4 примечаний к Соглашению указывается: «Выдача прав на перевозку пассажиров, груза и почты на воздушном судне авиационному предприятию одной договаривающейся стороны между пунктами на территории другой договаривающейся стороны взамен оплаты или в наем является предметом отдельного соглашения между авиационными органами двух договаривающихся сторон.» По этому соглашению Правительству Республики Грузия была дано каботажное право на территории Азербайджанской Республики. Но Правительство Республики Грузии пока не использует данное право. Из соответствующих законодательных актов иностранных государств, рассмотренных нами, становится ясно, что отношение государства к каботажному праву должно отразиться в законодательстве. С учетом вышесказанных, мы считаем, что в нашем национальном законодательстве отношение государства к каботажному праву обязательно должно отразиться. Самая важная причина этого – Решение № 204 Милли Меджлиса Азербайджанской Республики от 14 июля 1992 года о Присоединении к Международной Конвенции Гражданской Авиации от 7 декабря 1944 года²⁵. В Конвенции имеются особенные статьи по этому вопросу, следовательно и в Законе Азербайджанской Республики «Об Авиации» должно быть конкретное выражение о каботажном праве. Говоря об этом, как мы уже отмечали выше, мы имеем ввиду вопрос разрешения этим перевозкам со стороны государства. В связи с этим могут быть использованы различные альтернативы. Как первый вариант Азербайджан как и многие государства может запретить каботажные авиаперевозки. А как второй вариант может разрешить такого рода перевозки внутри страны. В настоящее время первый вариант невозможен, так как в Соглашении, заключенном с Грузией, такое право дано Правительству Грузии. И наконец, третий вариант отражает контекст, который мы считаем приемлимым. Приемлимый третий вариант таков: «Азербайджанское государство может подписать Соглашение о каботажных авиаперевозках

с каким-либо государством с учетом своих экономических и политических интересов на основе взаимности.» Считаем, что эта новая норма должна быть учтена в рамках Статьи «Каботаж» в нашем национальном Законе «Об авиации». В предложенном нами статье экономические и политические интересы особо подчеркиваются. Причина этому то, что в коммерческой деятельности авиакомпаний экономические интересы государство берутся за основу. Но наряду с этим и политические интересы очень важны для государства. Такая форма предложения статьи также отражает подход Азербайджана к этому вопросу с доминирующего положения. Неимперативный характер статьи тоже создает превосходство. То есть, Азербайджан может подписать такое соглашение, если оно соответствует интересам нашей страны. Как видно здесь взаимность выдвинута на передний план. Взаимностью и Азербайджан приобретает каботажное право в пределах соответствующего государства, беря за основу свои коммерческие интересы и при устроении его. При наличии такой статьи Азербайджан с коммерческой точки зрения ничего не теряет. Важность взаимности можно объяснить и мнениями иностранных ученых.

Дмитри Андриотис в своей диссертации еще раз доказывает, что взаимность, несмотря на безуспешные многосторонние попытки Чикагской Конференции считается регулирующей рамкой экономической стороны международных воздушных перевозок. Согласно ученому, из геополитических разногласий в конце века, несмотря на многочисленные недостатки в связи с этим система все еще долго сохранит свое присутствие²⁶. Ученый-правовед В.Д. Бордунов тоже в свою очередь отмечает, что принцип взаимности играет важную роль в защите и обеспечении экономических интересов как государство, так и авиаперевозчиков при осуществлении международных воздушных перевозок²⁷. Лю Цин считает, что принцип взаимности играет важную роль для либерализации воздушного транспорта. Продолжая свою мысль он отмечает, что данный принцип представляет собой способ реализации принципа полного и исключительного суверенитета государства над воздушным пространством над своей территорией при осуществлении международных полетов гражданских воздушных судов²⁸. По моему мнению, принцип взаимности должен быть принят как основной направляющий принцип международного воздушного права.

Следует отметить, что в результате исследований статья в предложенной форме не была отражена во внутригосударственных актах

большинства государств в области авиации. Предложенная нами статья полностью отражает требования теории международного воздушного права. Внесение указанного дополнения в Закон Азербайджанской Республики «Об Авиации» устранил упущения в этой сфере.

Как мы отмечали выше, Республика Турция запретила иностранным авиаперевозчикам выполнять каботажные авиаперевозки на территории своей страны. Но при полноправном членстве Турции в Евросоюзе, Турции придется внести соответствующие изменения в Статьи 6 и 31 «Закона о гражданской авиации Турции» относительно каботаж, с целью обеспечения свободы в этой отрасли. Считаем, что внесение предложенного нами дополнения в «Закон о гражданской авиации Турции» сейчас было бы целесообразным, так как оно отражает коммерческие интересы Республики Турция. В конечном итоге в эту статью будет внесено изменение. Основываясь на вышеуказанные причины, комментированные нами, мы считаем, что точно как предложенная нами статья в дополнение к Закону Азербайджанской Республики «Об Авиации» было бы уместно иметь такую статью и в национальном законе Турции об авиации: «Республика Турция может подписать Соглашение о каботажных авиаперевозках с каким-либо государством с учетом своих экономических и политических интересов на основе взаимности.» Внесения таких изменений в национальные законы как Азербайджана, так и Турции об авиации имеют огромную практическую значимость. Внесение изменений в соответствующие национальные законодательные акты обеих государств в указанном виде может сделать необходимость в будущем на реализацию двустороннего соглашения о каботажных авиаперевозках. Известно, что каботажные перевозки в основном широко и взаимно распространены между соседними государствами (как говорится в юридической литературе – между партнерами). Изменения статьи в предложенной нами форме для подписания соглашения в будущем с братской Республикой Турция о каботажных авиаперевозках было бы целесообразным и в Законе о гражданской авиации Турции. В конечном итоге это может более расширить тесное сотрудничество уже имеющее между Азербайджаном и Турцией в области воздушных сообщений.

В современном мире широко распространенная политика «Открытого Неба» создает возможность государствам пользоваться всеми 9 «свободами воздуха». Государства Евросоюза, принимающие каботажную авиаперевозку в современное время как полномочие,

принадлежащее государству, уже начали формировать «Единое Европейское Небо» и с 1993 года все страны Евросоюза заимели неограниченный доступ к полетам в государствах-членах. Евросоюза. Начиная с 1997 года создается каботажное право между аэропортами государств – членов Евросоюза. Соглашения об «Открытом Небе» могут иметь ввиду неограниченный обмен эксплуатационными правами. В данный момент Еврокомиссия желает расширить зону охвата политики «Открытого Неба»²⁹. Вместе с тем, после внесения предложенных нами изменений в законодательства Азербайджана и Турции и в последующем присоединения к ним других тюркских государств, может привести к внедрению уже существующего режима «Открытого Неба» в Западной Европе в Тюркском Союзе, что было бы положительным моментом. А также внесение изменений в соответствующие законодательства государств и реализация «Открытого Неба» или подобной концепции в рамках стран СНГ или ГУАМ по политической воле этих государств может считаться успешным для будущего.

Issues of Legal Regulation of Cabotage in Interstate Acts: Comparative Analysis (Summary)

*Zafik Khalilov**

The article reflects definition of cabotage in legislation of various countries (9th freedom of air), and comparative features were shown, perspectives of definition of improvement of national legislation in this connection were defined and practical – theoretical issues of legal regulation were commented and proposals were given in this connection.

Keywords: cabotage; 9th freedom of air; air transportations.

* Zafik Khalilov – doctoral candidate of the department “Jurisprudence” of the National Aviation Academy (Azerbaijan). zafiq@mail.ru.

- ¹ Бордунов В.Д., Международно воздушное право. Учебное пособие. М.: НОУ ВКШ «Авиабизнес», Изд-во «Научная книга» 2007, с. 165.
- ² И.О. Гулиев, З.З. Халилов, Статья «Практические и теоретические основы каботажных свобод в международном воздушном праве» – «Транспортное право» научно-теоретический, практический журнал, №2, 2011, с. 101-104.
- ³ Ibrahim Ahmad Abdeh, dissertation: “Bilateral air transport agreements of Jordan”. Institute of Air and Space Law, McGill University, 1977, с. 81.
- ⁴ [Воздушный каботаж – <http://www.businessvoc.ru/>
- ⁵ Воздушный каботаж Словарь бизнес-терминов. Академик.ру. 2001. <http://dic.academic.ru/dic.nsf/business/550426; Cabotage> – <http://en.wikipedia.org/wiki/Cabotage>
- ⁶ Pablo Mendes de Leon, “Before and After the Tenth Anniversary of the Open Skies Agreement Netherlands – US of 1992” (2002) 27 Air and Space Law, Issue 4/5., с. 313-314.
- ⁷ Jesse Russell, Ronald Cohn. “Freedoms of the air” Publisher: LENNEX Corp, Published in 2012, с. 6.
- ⁸ Dimitri Andriotis, dissertation: “Commercial rights in International Air Transport and their regulatory regime on the eve of the twenty-first century: a diabolic issue?” Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, August 1993, с. 70-72.
- ⁹ Баталов А.А. «Современное международное-правовое регулирование воздушных сообщений: Теория и практика» Москва – 2008, с. 122.
- ¹⁰ Havel B.F. In Search of Open Skies: Law and Policy for a New Era in International Aviation. Kluwer Law International / 1997, с. 53; Mendes de Leon P. Cabotage in Air Transport Regulation. Martinus Nijhoff Publishers. 1992, с. 65; Naveau J. Droit Aerien European. Paris: Institut du Transport Aerien, 1992, с. 80.
- ¹¹ Воздушный кодекс Кыргызской Республики http://online.adviser.kg/Document/?link_id=1000872558; Воздушный кодекс Республики Таджикистан – <http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/codecs>.
- ¹² Воздушный кодекс Республики Беларусь – <http://pravo.levonevsky.org/kodeksby/voz/20130312/index.htm>.
- ¹³ Беларусь заинтересована в каботажных авиаперевозках в России. <http://www.newsland.ru/news/detail/id/940302>.
- ¹⁴ Воздушный кодекс Российской Федерации по состоянию на 1 марта 2013 года. Издательство: Кнорус, 2013 г.
- ¹⁵ А. И. Травников, В. Г. Ермошкин, С. И. Коровин, А. Н. Петров, «Воздушный кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий», Издательство: Деловой двор, Серия: Business Court, 2009 г., с. 162.
- ¹⁶ Воздушный кодекс Украины – http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T113393.html
- ¹⁷ Воздушный кодекс Республики Узбекистан – http://www.lex.uz/Pages/GetAct.aspx?lact_id=55599
- ¹⁸ Dimitri Andriotis, dissertation: “Commercial rights in International Air Transport and their regulatory regime on the eve of the twenty-first century: a diabolic issue?” Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, August 1993, с. 70-72.
- ¹⁹ Воздушное право – И. А. Яшар Озтюрк. Издательство не указано– Самсун Турция, 2010, с. 425-431.
- ²⁰ Ibrahim Ahmad Abdeh, dissertation: “Bilateral air transport agreements of Jordan”. Institute of Air and Space Law, McGill University, 1977, с. 82.
- ²¹ Cabotage – <http://en.wikipedia.org/wiki/Cabotage>.
- ²² Каботаж – http://6pl.ru/Vlad_st/cabotage.htm.

- ²³ Закон О гражданской авиации Республика Молдова – http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=3370; Об использовании воздушного пространства Республики Казахстан и деятельности авиации http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30789893.
- ²⁴ Закон Азербайджанской Республики «Об Авиации» – 2012.
- ²⁵ [Международные конвенции и договора, к которым присоединилась Азербайджанская Республика <http://azerbaycanli.org/az/page203.html>.
- ²⁶ Dimitri Andriotis, dissertation: “Commercial rights in International Air Transport and their regulatory regime on the eve of the twenty-first century: a diabolic issue?” Institute of Air and Space Law, McGill University, Montreal, August 1993, с. 1.
- ²⁷ Бордунов В.Д., Международное воздушное право. Учебное пособие. М.: НОУ ВКШ «Авиабизнес», Изд-во «Научная книга» 2007, с. 47.
- ²⁸ Лю Синь «Международные полеты гражданских воздушных судов. Безопасность – Право» НИМП Издательство Омега – Л, Москва – 2013, с. 58.
- ²⁹ Э.М. Наджафов, З.З.Халилов. «Свободы воздуха» и история их развития», Научные работы Национальной Авиационной Академии № 2, 2010, с. 77.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО МАССОВОЙ ИНФОРМАЦИИ

К вопросу формирования международно-правовой модели управления интернетом. Часть 2¹

*Касенова М.Б.**

Под эгидой ООН в два этапа прошла Всемирная встреча на высшем уровне по вопросам информационного общества: в Женеве (2003 г.) и в Тунисе (2005 г.). Итоговыми документами этой встречи предусмотрено, что реализация целей и задач применения информационных и коммуникационных технологий, формирования информационного общества, управления интернетом, будут рассмотрены ею в 2015 г. в ходе третьего этапа. В статье рассматриваются вопросы, связанные с основными мероприятиями, которые должны быть проведены в этом плане к 2015 г., а также роль международных организаций в данном процессе.

Ключевые слова: интернет; киберпространство; управление интернетом; Форум по управлению интернетом; международное право; информационное общество; «Золотая книга» Всемирной встречи на высшем уровне; международные организации; ООН; заинтересованные стороны.

Феноменальный успех интернета приводит к «интернетизации» значительного числа государств, что, с одной стороны, расширяет и изменяет географию и аудиторию интернет-пользователей, а с другой – ввергает государства в своеобразную «нанотехнологическую гонку вооружений». В этих условиях особую актуальность приобретает

* Касенова Мадина Балташевна – к.ю.н., профессор, заведующая кафедрой международного частного права Дипломатической Академии МИД РФ.

собственно регулирование отношений в области интернета, а управление интернетом продолжает оставаться ключевым вопросом.

Термин «управление интернетом» возник в начале 2000-х годов, явившись достаточно условным переводом английского термина «*Internet Governance*». Проблематика управления интернетом, в общем плане, практически с самого начала оказалась в центре внимания Всемирной встречи на высшем уровне по вопросам информационного общества (*World Summit on the Information Society*, далее – «WSIS»), проведенной под эгидой ООН в два этапа: в Женеве (2003 г.) и в Тунисе (2005 г.). Документы двух этапов WSIS предусмотрели проведение третьего этапа WSIS в 2015 году для подведения итогов реализации мероприятий, связанных с использованием информационных и коммуникационных технологий, построения информационного общества, управления интернетом.

В рассматриваемом плане 2015 год может иметь историческое значение еще по двум причинам. Во-первых, «Декларация тысячелетия» ООН (*United Nations Millennium Declaration*), принятая резолюцией 55/2 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2000 г., предусмотрела 18 задач и 8 целей, которые все государства-члены ООН обязуются достичь к 2015 году². В их числе – обязательства государств – членов ООН сформировать новое глобальное партнерство в целях развития, включающее использование информационных и коммуникационных технологий. Обсуждение итогов достижения целей и задач «Декларации тысячелетия» в 2015 году так или иначе будет иметь отношение к управлению интернетом.

Во-вторых, в 2015 году вступает в действие новая редакция Административного регламента международной электросвязи (*International Telecommunication Regulations, ITRs*), далее – «*ITRs 2012*». Значение *ITRs 2012* в контексте управления интернетом нуждается в некотором пояснении. Международный союз электросвязи (МСЭ) – специализированное учреждение ООН, основными документами которого являются Устав МСЭ, Конвенция МСЭ и Административные регламенты. В соответствии с Уставом высшим органом МСЭ является Полномочная конференция (проводится один раз в четыре года), очередная полномочная конференция которой состоялась в декабре 2012 года в Дубае (ОАЭ). В контексте настоящей статьи особое внимание к материалам этой Полномочной конференции связано с тем, что на ней рассматривались вопросы международно-правовой регламентации

информационных и коммуникационных технологий, включая интернет.

В частности, на данной Конференции обсуждался один из основных договоров МСЭ – Административный регламент международной электросвязи (*International Telecommunication Regulations, ITRs*), принятый Всемирной административной конференцией по вопросам телефонной и телеграфной связи в 1988 г. (*World Administrative Telegraph and Telephone Conference, WATTC-88*), – далее – «*ITRs1988*». Необходимость такого обсуждения была связана с тем, что этот международный договор был принят в «до интернетовскую эпоху», в период существования государственной телекоммуникационной монополии, в то время как условия и порядок осуществления телекоммуникационной связи почти за четверть века существенно изменились: появилась мобильная телефония, Skype и проч.

Функционирование новых информационных и коммуникационных технологий, включая интернет, основывается на IP-протоколах, т.е. наборе правил, обеспечивающих соединение и обмен данными между компьютерами, подключенными к сети, а для интернета существенная роль принадлежит протоколам *TCP/IP* и *HTTP*. В связи с необходимостью «адаптации» регулирования технических, организационных, операционных вопросов информационных и коммуникационных технологий, использования интернета, Полномочная конференция в Дубае приняла решение о частичном пересмотре *ITRs1988* и принятии его в новой редакции. Из 193 государств – членов МСЭ новую редакцию (*ITRs2012*) подписали 89 государств (Россия, Китай, Бразилия, Иран, Куба, ряд развивающихся государств Азии и Африки), 55 государств (США, Канада, государства – члены ЕС, Индия и др.), – выступили против, ряд государств – воздержались. Правовым следствием такого неоднозначного подхода к *ITRs2012* является то, что государства, выступившие против, а также воздержавшиеся государства будут по-прежнему применять *ITRs1988*. Во всяком случае, вступление *ITRs2012* в силу в 2015 г., несомненно, повлияет на вариантность парадигмы развития управления интернетом.

Мероприятия по подготовке WSIS 2015г. начались в 2010 году в рамках проекта «*WSIS+10*»³. В преддверии подготовки этого третьего этапа WSIS можно обозначить несколько положений, имеющих принципиальное значение для дальнейшего обсуждения вопросов

управления интернетом в контексте сотрудничества государств, а также роли и значения международных организаций в этом процессе.

1. Одним из важнейших итогов WSIS является разработка определения понятия «управление интернетом» (*Internet Governance*), которое означает: «...разработку и применение правительствами, частным сектором и гражданским обществом, при выполнении ими своей соответствующей роли, общих принципов, норм, правил, процедур принятия решений и программ, регулирующих эволюцию и применение интернета»⁴. Это определение вызывает определённую критику со стороны экспертного сообщества, в том числе из-за своей неконкретности и «подразумеваемого» указания на то, каким образом такое управление должно осуществляться. Тем не менее, в настоящее время это определение считается общепризнанным, главным образом потому, что оно содержит важнейший элемент процесса «управления интернетом», а именно: указание на участие всех «заинтересованных сторон» – мультистейкхолдеров (“*Multistakeholders*”) в управлении интернетом⁵.

К числу таких сторон относятся правительства, международные межправительственные организации, частный сектор, гражданское общество, включающее экспертные сообщества так называемого «некоммерческого сектора».

В указанном процессе мультистейкхолдеры выполняют «соответствующие роли»⁶. Так, роль и обязанности *правительств* связаны с такими аспектами как разработка, координация и осуществление государственной политики на национальном уровне, координация политики на региональном и международном уровнях; создание благоприятных условий для развития информационных и коммуникационных технологий (ИКТ); надзорные функции; разработка и принятие законов, положений и стандартов; разработка проектов международных договоров и правил; развитие передового опыта; содействие созданию потенциала в сфере информационно-коммуникационных технологий и с их помощью; борьба с киберпреступностью; содействие международному и региональному сотрудничеству; решение общих вопросов развития; поощрение многоязычия и культурного разнообразия; и др.

К сфере ведения частного сектора относятся вопросы саморегулирования информационной индустрии; развития передового опыта; разработки стратегических предложений, руководящих принципов и инструментария для директивных органов и других заинтересованных

сторон; научных исследований и опытно-конструкторские разработки в области технологий, стандартов и процессов; участия в разработке национального законодательства и национальной и международной политики; содействия инновационной деятельности и др.

Роль и функции гражданского общества включают в себя: расширение информированности общественности и создание потенциала (знания, подготовка кадров, обмен опытом); предоставление экспертов, специалистов, обмен опытом и знаниями по вопросам политики в области информационно-коммуникационных технологий; научные исследования и опытно-конструкторские разработки в области технологий и стандартов; содействие в обеспечении соответствия политических и рыночных факторов потребностям всех членов общества; содействие формированию концепций информационного общества, ориентированного на человека, на основе прав человека и др.

Раздел «С» Женевского плана действий первого этапа WSIS⁷ определил 11 направлений действий, реализация каждого из которых закреплена за конкретной организацией, или группой организаций, заинтересованной стороны. (Каждое направление обозначается соответственно C1, C2 и т.д.). Например, реализация направления информационная и коммуникационная инфраструктура (C2) закреплена за МСЭ и Ассоциацией по развитию коммуникаций⁸; направление «этические аспекты информационного общества (C10)» – за МСЭ, ЭКОСОС, ЮНЕСКО, ВОЗ, EACT International⁹, и т.д.

Конкретные мероприятия, предпринимаемые заинтересованными сторонами на международном, региональном и национальном уровнях, находят отражение в «Золотой Книге» (*Golden Book*) Всемирной встречи на высшем уровне, далее – «*WSIS Golden Book*»¹⁰, организационная структура которой соответствует 11 направлениям Женевского плана действий. МСЭ принимает участие в каждом из указанных направлений, отвечает за «межведомственную» координацию деятельности всех заинтересованных сторон. Соответственно, ведение *WSIS Golden Book* возложено на МСЭ.

Собственно сам WSIS и формат проведения его этапов – есть фактическое отражение мультистейкхолдерского подхода. Итоговые документы WSIS и последующие резолюции Генеральной Ассамблеи ООН¹¹ отметили необходимость участия *given to all stakeholders – governments, business entities, civil society and international* всех заинтересованных

сторон в решении вопросов управления интернетом и, в общем плане, «построения информационного общества».

Десятилетний период реализации итоговых документов WSIS практически подтверждает, что без взаимодействия всех заинтересованных сторон, без принятия согласованных между ними норм и принципов регулирования, ни одно из решений или технических требований, связанных с управлением интернетом не может быть эффективно реализовано.

Мультистейкхолдеризм является эффективным способом трансграничного функционирования интернета, обеспечивает совместимость, стабильность, безопасность и доступность глобальной инфраструктуры интернета, в то же время, предоставляет суверенным государствам возможность регулирования использования интернета в пределах национальной юрисдикции. Мультистейкхолдеризм является основой дальнейшего развития интернета, важнейшим элементом управления интернетом.

2. Многостороннее сотрудничество в управлении интернетом изначально было инициировано, развивалось и осуществляется в настоящее время в рамках сложившейся системы международных межправительственных организаций. В рамках таких, связанных с реализацией задач и мероприятий, закрепленных в итоговых документах WSIS, конкретные формы участия всех заинтересованных сторон выражаются в создании разнообразных структур, рабочих групп, комиссий, программ, форумов, комитетов и проч.

Деятельность создаваемых в рамках международных организаций структур, во-первых, связана с конкретной сферой интернета или управлением интернетом; во-вторых, такие структуры действуют на основании мандатов конкретных межправительственных организаций, в которых, как правило, определяется круг вопросов, а не организационные формы деятельности таких структур; в-третьих, такие структуры создаются и действуют как на временной, так и на постоянной основе; в-четвертых, все принимаемые такими структурами решения, носят рекомендательный характер.

В целях многостороннего политического диалога с участием всех заинтересованных сторон, в рамках ООН в 2005 году был создан Форум по вопросам управления использованием интернетом (*The Internet Governance Forum*), далее – «IGF»¹². Создание IGF и формат мандата IGF был определен Тунисской программой второго этапа WSIS (п.п.

72,73 и 77). Мандат предусматривал пятилетний срок действия IGF, не предполагал жесткой организационной структуры и закреплял условия нейтральности, прозрачности, демократичности, децентрализованности деятельности IGF с возможностью периодического пересмотра мандата. Мандатом определялось, что деятельность IGF базируется на сложившейся институциональной организации управления интернетом; особое внимание IGF уделяет «взаимодополняемости» функций между всеми действующими организациями, обеспечивающими процесс функционирования интернета, а также заинтересованными сторонами, принимающими участие в этом процессе. В мандате закреплялось, что IGF не осуществляет никаких надзорных функций, не подменяет существующие структуры, механизмы, институты или организации, привлекает их к своей работе и использует их опыт.

Дихотомия интернета влияет на разграничение вопросов, связанных с «повседневной деятельностью технического и эксплуатационного характера», и вопросов, связанных с деятельностью правительств и их ролью в «выполнении своих обязательств в решении международных вопросов государственной политики, касающихся интернета»¹³. Подобное разграничение является принципиальным и последовательно закрепляется в целом ряде документов международных организаций и форумов, начиная с итоговых документов WSIS¹⁴. В этой связи следует обратить внимание на то, что IGF рассматривает широкий круг вопросов управления интернетом, включая ключевые вопросы государственной политики, а не вопросы «повседневной эксплуатации или технического обслуживания интернета».

IGF действует на постоянной основе, осуществляет свою деятельность в формате консультаций, встреч и совещаний. Несмотря на то, что принимаемые IGF решения не имеют обязательной силы и носят характер рекомендаций, они находят отражение в международно-правовых документах и актах международных организаций, например, в декларациях министров Совета Европы, Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и др.¹⁵.

Мандат IGF не предполагает «жесткой» организационной структуры IGF, и исходит из того, что структура IGF должна быть нейтральной, прозрачной, демократичной, децентрализованной, с возможностью ее периодического пересмотра. Материалы о деятельности IGF, а также рассматриваемые и принимаемые документы, публикуются на регулярной основе и находятся в открытом доступе.

С момента своего создания IGF проводит ежегодные форумы по вопросам управления интернетом, стал открытой площадкой обсуждения многих вопросов развития интернета и решения вопросов управления интернетом, отражая происходящую динамику формата обсуждаемых вопросов, акценты в постановке самих вопросов, так и их приоритетность¹⁶.

После истечения пятилетнего мандата IGF в 2010 году по рекомендации Генерального Секретаря ООН было принято решение продлить мандат IGF еще на пять лет, и в 2015 г. проанализировать деятельность IGF в контексте 10-тилетнего периода выполнения решений WSIS. Это решение было закреплено соответствующей резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН¹⁷. В настоящее время, в рамках подготовки WSIS 2015 г. решается вопрос о том, чтобы «регуляризировать бюджет IGF в рамках ООН и превратить его в официальный орган межправительственного механизма ООН»¹⁸.

Не будет преувеличением сказать, что IGF представляет новую модель международного сотрудничества управления интернетом, функционирующим на многоуровневой основе с участием всех заинтересованных сторон¹⁹.

3. Вопросы управления интернетом оказывают влияние на функциональные компетенции органов международных межправительственных организаций, связанных с реализацией задач и мероприятий, закрепленных в итоговых документах WSIS. В этом плане Тунисская Программа второго этапа WSIS возложила определенные обязательства на Генерального секретаря ООН. В его компетенцию включено обсуждение деятельности IGF с привлечением всех заинтересованных стороны с учетом сбалансированного географического представительства, включая возможность создания бюро в поддержку IGF для обеспечения участия в нем всех заинтересованных сторон, а также возложена обязанность представлять государствам – членам ООН доклады о деятельности IGF.

В пределах своей компетенции Генеральный секретарь ООН вправе привлекать ресурсы международных организаций, например, МСЭ, ПРООН, ЭКОСОС, Региональной комиссии ООН, ЮНКТАД, ВТО, МОТ, ЮНЕСКО и других организаций системы ООН. В 2006 г. Генеральным секретарем были обозначены 10 организаций, представляющих все заинтересованные стороны, для реализации мероприятий

намеченных решениями WSIS. Наряду с международными межправительственными организациями, были названы и организации, представляющие частный сектор и гражданское общество, а именно: Корпорация интернета по присвоению имен и адресов (*ICANN*); Консорциум «Всемирная паутина» (*W3C*); «Общество Интернета» (*ISOC*); Организация по ресурсам нумерации (*NRO*); в качестве организации, представляющей технические и академические круги была обозначена Рабочая группа по интернет-инжинирингу (*Internet Engineering Task Force, IETF*), организационно входящая в структуру *ISOC*.

Важным направлением деятельности Генерального секретаря является организация открытых консультаций с участием государств – членов ООН и всех других заинтересованных сторон, с тем, чтобы способствовать процессу активизации сотрудничества в решении вопросов управления интернетом. Так, Генеральный секретарь, осуществляя функции Председателя Координационного совета руководителей ООН (*Executives Board for Coordination, CEB*), в соответствии с итоговыми документами WSIS, в 2006 г. инициировал создание специальной структуры ООН – Группы ООН по информационному обществу (*UN Group on the Information Society, UNGIS*), далее – “*UNGIS*”. Создание *UNGIS* планировалось и осуществляется в настоящее время как «межучрежденческий механизм координации политики деятельности организаций системы ООН в целях осуществления мероприятий, предусмотренных итоговыми документами WSIS»²⁰.

В *UNGIS* входят постоянные и непостоянные члены. Постоянными членами *UNGIS* являются МСЭ, ЮНЕСКО, ЮНКТАД, ЭКАООН и ПРООН. Эти организации осуществляют функции председателя и заместителя председателя *UNGIS* на основе ротации²¹.

UNGIS имеет достаточно широкий членский состав непостоянных членов, включающий организации структуры системы ООН, специализированные организации ООН, а также иные международные межправительственные организации, к примеру, такие как ВТО, МАГАТЭ, МОТ, ОЭСР и др.²²

WSIS в общем плане наметил три основных подхода управления интернетом в контексте международного права. Первый подход связан с поддержанием в управлении интернетом *status quo*, а именно сохранение роли: *ICANN* как центральной организации технологической поддержки трансграничного функционирования интернета; *IGF* как международной платформы сотрудничества всех заинтересованных

сторон; международных межправительственных организаций. Второй подход связывается с идеей создания новой международной межправительственной организации, которая рассматривается либо как замена *IGF*, либо действует наряду с ним. Принципиальным моментом второго подхода является то, что такая международная организация создается и действует под эгидой ООН. Третий подход связывается с расширением компетенции МСЭ с тем, чтобы эта международная организация стала центральным звеном управления интернетом и в технологическом и в «политическом» плане.

Названные подходы отражены, в частности в инициативе государств – членов IBSA (Индия, Бразилия, ЮАР)²³. В июле 2011 г. в рамках ЭКОСОС группа государств IBSA (Индия, Бразилия, ЮАР) выступила с совместным заявлением (далее – «Предложение IBSA»), в котором содержался призыв создать межправительственный механизм для расширения сотрудничества государств в решении проблем управления интернетом и дополнения деятельности *IGF*. Предложение IBSA исходит из того, что помимо технических аспектов управления интернетом существует ряд сфер, связанных с государственной политикой, требующих участия правительств. Эти сферы затрагивают, среди прочего, такие вопросы, как стабильность (*stability*) интернета; совместимость (*interoperability*); доступность (*accessibility*), открытость (*openness*); нейтральность сети (*network neutrality*); доступ к информации и знаниям; конфиденциальность; кибербезопасность и развитие информационно-коммуникационных технологий в контексте функционирования интернета.

В Предложении IBSA подчеркивается, что центральным вопросом управления интернетом является управление «критическими ресурсами интернета», но при этом только *ICANN* распределяет доменные имена и IP-адреса для всех стран мира и осуществляет надзор за этими процессами. Несмотря на то, что деятельность *ICANN* носит открытый характер и она «подотчетна международному интернет сообществу», она остается юридическим лицом права США и, таким образом, только единственная страна, а не международное сообщество государств, управляет «критическими ресурсами интернета», что является нарушением основ многостороннего сотрудничества государств. Вопросы сотрудничества государств по вопросам управления интернетом нуждаются в обсуждении между государствами – членами ООН, и государствам следует рассматривать именно ООН как формальную

платформу обсуждения таких вопросов. Более того, формирование межправительственной платформы следует не только обсуждать в рамках ООН, но необходимо, чтобы это было оформлено соответствующим мандатом ООН. Межправительственная платформа должна также дополнять деятельность IGF, поскольку он является многосторонней площадкой для всех заинтересованных сторон.

Предложение IBSA исходит из того, что платформа ООН позволит международному сообществу достигнуть целей, закрепленных в Тунисской программе, а практическое расширение международного сотрудничества обеспечит реализацию положений, закрепленных Декларацией тысячелетия ООН. Предложение IBSA исходит из необходимости создания Межправительственной рабочей группы, которая, во-первых, выступает как координационный центр в системе ООН, во-вторых, действует на основе мандата ООН и консультаций со всеми заинтересованными сторонами. Межправительственная рабочая группа должна подготовить доклад о формировании институциональных механизмов управления интернетом. При этом в докладе следует ответить на основной вопрос: следует ли расширять международное сотрудничество по вопросам управления интернетом в рамках существующих международных организаций, либо создать новый международный орган, которому следует «поручить разработку и установление международной государственной политики с целью обеспечения координации и согласованности междисциплинарных глобальных проблем интернета, а также интегрировать и контролировать органы, ответственные за техническое и оперативное функционирование интернета для сотрудничества государств в управлении интернетом». При этом отмечается, что Предложение IBSA «не является планом захвата управления интернетом Организацией Объединенных Наций» (*UN Takeover of Internet Governance*), его основной целью является сохранение стабильности и безопасности интернета как глобального средства на основе широкого участия всех заинтересованных сторон»²⁴.

Анализ содержания Предложения IBSA позволяет сделать вывод о том, что создание нового международного межправительственного органа в рамках ООН рассматривается лишь в качестве одного из возможных вариантов. В случае если создаваемая для обсуждения этого вопроса Межправительственная рабочая группа предложит сохранить действующий механизм международного сотрудничества, который зиждется на существующей системе международных организаций,

вопрос о создании нового международного межправительственного органа в рамках ООН может быть снят.

В октябре 2011 года на 66-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН, Индия сделала заявление о создании международного механизма управления интернетом²⁵ (далее – «Инициатива Индии»). Инициативу Индии, несомненно, следует рассматривать как развитие идей, закрепленных в Предложении IBSA, поскольку она была выдвинута через три месяца после Предложения IBSA, и Индия входит в коалицию IBSA. Вместе с тем, во-первых, эта Инициатива идет дальше, развивая в практической плоскости решения Тунисской программы WSIS. Во-вторых, если в Предложении IBSA расширение механизма международного сотрудничества формулируется альтернативно: либо в рамках существующих международных организаций, либо в рамках нового международного органа, то в Инициативе Индии создание международного межправительственного органа рассматривается как необходимость, а не «вопрос дискуссии для международного сообщества».

Инициатива Индии: исходит из необходимости сохранения интернета как неограниченной, открытой и свободной глобальной среды, которая развивается за счет частных инноваций и индивидуального творчества и служит инструментом для открытого общения, доступа к культуре, знаниям, демократизации и развития; признает роль различных заинтересованных сторон в развитии интернета; исходит из приверженности модели многостороннего управления интернетом, как на национальном, так и на глобальном уровне. Для разработки глобальной интернет-политики в Инициативе Индии предлагается создать международный межправительственный орган в рамках ООН с названием «Комитет Организации Объединенных Наций по вопросам политики интернета» (*United Nation Committee for Internet-Related Policies, CIRP*, далее – “CIRP”). Целью создания CIRP является «формирование многостороннего механизма, позволяющего не контролировать интернет, а дающего возможность избежать ситуаций, при которых за правительствами не оставалось бы последнее слово в регулировании интернета, и сделать возможным, чтобы интернет регулировался не в одностороннем порядке, а в процессе открытого, демократического, общенародного обсуждения с участием всех заинтересованных сторон»²⁶.

Инициатива Индии подробно формулирует цели, задачи, организационную структуру, порядок функционирования CIRP, при этом предусматривается участие всех заинтересованных сторон в работе этого

международного органа, а также организационные формы такого участия. Инициатива Индии решает вопрос бюджета CIRP, вопросы координации деятельности с другими международными межправительственными и неправительственными организациями.

По-видимому, неслучайно временное совпадение названных инициатив группы стран IBSA и Индии, с одной стороны, и активизация подготовительных мероприятий третьего этапа WSIS, с другой. Можно предполагать, что в 2015 г. в ходе третьего этапа WSIS высока вероятность обсуждения инициатив подобных Предложению IBSA или Инициативе Индии, поскольку ключевой вопрос о широком международном консенсусе относительно управления интернетом по-прежнему остается открытым.

4. Вероятнее всего в повестке третьего этапа WSIS будет и такой важнейший аспект управления интернетом как обеспечение безопасности интернета и противодействие попыткам его противоправного использования. С развитием современных информационных технологий человечество столкнулось с новыми типами угроз: возможностями силового противостояния государств в киберпространстве сфере («кибервойны»), использованием информационных технологий террористическими организациями либо в террористических целях («кибертерроризм»), а также использованием интернета в иных противоправных целях, и нарушением установленного правопорядка, преследуемым уголовным законодательством национальных государств («киберпреступность»).

Терминологическое и содержательное разнообразие, которое часто обсуждается в доктрине применительно к множеству понятий, содержащим приставку «кибер». Совет Европы в 2001 г. принял «Конвенцию о преступности в сфере компьютерной информации» (*“Convention on Cybercrime”*). В переводе на русский язык (неофициальный перевод), этот документ получил название «Конвенция о преступности в сфере компьютерной информации»²⁷.

Смысловые, содержательные различия употребления такого понятия как «кибербезопасность», несомненно, зависят от вариантов его перевода. Например, *“cybersecurity”* с английского языка на русский язык буквально переводится как «кибербезопасность», но в силу определённой политической мотивации переводиться, к примеру, как «информационная безопасность» или даже «безопасность применения

информационных технологий». Например, Россия, Китай, Таджикистан и Узбекистан в 2011 году вынесли на рассмотрение 66-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН «Правила поведения в области обеспечения международной информационной безопасности» (Кодекс информационной безопасности)²⁸; в том же году Россия подготовила «Конвенцию о международной информационной безопасности (концепция)» и предложила ее к обсуждению в рамках ООН²⁹.

Новизна и сложность регламентации отношений, связанных с интернетом, влияет на согласование публичных интересов государств в сфере управления интернетом. В определенном смысле 2015 год может стать «новой вехой» решения вопроса о «применимости» международного публичного права к интернету в связи с выходом «Таллиннского руководства по международному праву, применимому в случае кибервойны» (*Tallinn Manual on The International Law Applicable to Cyber Warfare*), далее – «Таллиннское руководство»³⁰. Ряд российских аналитиков называют Таллиннское руководство «практическим руководством» по ведению кибервойн, «легитимизацией милитаризации» киберпространства, правовыми основами ведения кибервойны и т. д.³¹

Представляется, что такая оценка совершенно неправомерна, поскольку Таллиннское руководство – итог трехлетней работы международной группы экспертов, приглашенных Центром передового опыта НАТО по совместной защите от киберугроз (*The NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence*), г. Таллинн (Эстония)³². Соответственно Таллиннское руководство нельзя рассматривать как официальный документ ни Центра передового опыта НАТО по совместной защите от киберугроз НАТО, ни государств-членов, спонсировавших это исследование, ни НАТО, ни организаций или государств, имеющих статус наблюдателей НАТО. В данном руководстве отражена точка зрения независимых экспертов, действующих исключительно в личном качестве. В определенной мере это является своеобразным подтверждением нередко высказываемого мнения о том, того, что практические шаги на международно-правовом уровне в вопросах управления интернетом невозможно решать, кроме прочего, без «экспертного сообщества».

Таллиннское руководство представляет собой обширный документ (более 300 страниц), а обращение к нему в рамках настоящей статьи вызвано несколькими причинами. Во-первых, кибербезопасность важна не только сама по себе. Ее следует рассматривать, прежде всего, в контексте управления интернетом в целом и формирования международной

модели управления интернетом, в частности. Иной подход понимания кибербезопасности может привести, как минимум, к полицентризму и фрагментации интернета рамками национальной юрисдикции государств, может разрушить глобальную сеть, став препятствием трансграничного функционирования интернета, а также к доминированию государств в мультистейкхолдерской модели управления интернетом. Во-вторых, Таллиннское руководство зиждется на целом ряде нормативно-правовых источников, указанных в самом тексте документа: международные договоры, документы международных межправительственных организаций, решения (прецеденты) международных трибуналов и судов, обычаи и принципы международного права. Таллиннское руководство призвано ответить на основной вопрос, а именно: применимы ли нормы современного международного права, как обычные, так и договорные, к новым киберугрозам, киберконфликтам, кибервойнам, и если применимы, то каким образом. В самом общем плане Таллиннское руководство положительно отвечает на этот вопрос и формулирует правила, применимые в условиях киберконфликтов³³.

Положительный ответ на вопрос применимости международного права к киберпространству, данный в Таллиннском руководстве, имеет важное значение и в связи с особенностью формирования принципов и норм международного права. В этой связи следует сказать о принципе *opinio juris* – убеждение субъектов международного права в юридической полноценности (действительности) нормы права, означающее признание государством определенного правила в качестве нормы международного права – обычной или договорной. При создании договорных норм *opinio juris* имеет явно выраженный характер, а при формировании обычных норм международного права – молчаливый характер. При квалификации норм обычного международного права доказательство *opinio juris* непосредственно связывается с его кодификацией, в процессе которой *opinio juris* получает явно выраженный характер³⁴. Таллиннское руководство следует рассматривать именно в контексте «стремления к нормативной определенности» применимости нормы современного международного права к «киберугрозам».

Структурно Таллиннское руководство состоит из двух основных частей и закрепляет 95 правил (*Rules*): часть А – «Международное право кибербезопасности» (*International Cyber Security Law*), которая включает две главы, в пяти разделах которых сформулировано 19 правил; часть В – «Право киберконфликтов» (*The Law of Cyber armed Conflict*),

состоящая из 5 глав, в 7 разделов которых включено 76 правил. Таллинское руководство формулирует конкретное правило (норму), содержание которого разъясняется в соответствующих комментариях, включая интерпретацию применимости правила, с указанием на разногласия, существующие среди экспертов по этому правилу.

В качестве примера приведем правило 1 первой главы «Государство и киберпространство». Правило названо «Суверенитет, юрисдикция и контроль» и означает: «Государство может осуществлять контроль над киберинфраструктурой и за деятельностью в рамках своей суверенной территории». Это правило сопровождается ряд комментариев, раскрывающих его содержание, в частности: «Несмотря на то, что ни одно государство не обладает суверенитетом над киберпространством как таковым (*per se*), государство осуществляет исключительные суверенные права над объектами киберинфраструктуры, находящиеся на его территории. Государственный суверенитет над киберинфраструктурой в пределах суверенной территории означает, во-первых, что государство осуществляет нормативно-правовой контроль над объектами киберинфраструктуры; во-вторых, государство осуществляет территориально-суверенную защиту объектов киберинфраструктуры. При этом такой контроль и защита осуществляется вне зависимости от того принадлежат ли такие объекты самому государству, частным организациям или индивидам, и вне зависимости от целей использования таких объектов».

Важно обратить внимание на единодушный вывод, сделанный группой экспертов: общие принципы и нормы международного права применимы к регулированию киберпространства и кибербезопасности (часть А – «Международное право кибербезопасности»).

В настоящее время позиция Российской Федерации по вопросам управления интернетом не определена, и доминирующим является вопрос информационной безопасности, который, к сожалению, рассматривается вне контекста управления интернетом. Свидетельством такого подхода являются не только упомянутые ранее документы, но и такой важный документ, опубликованный в сентябре 2013 г., как «Основы государственной политики Российской Федерации в области международной информационной безопасности на период до 2020 г.»³⁵. Этот документ, бесспорно, должен стать предметом отдельного анализа.

Развитие общественных отношений в сфере информационных и коммуникационных отношений опережают их правовое регулирование

и не исключено, что выявятся и иные вопросы развития информационных технологий, которые потребуют решения как на национальном, так и на международном уровнях, но любые вопросы в указанной сфере так или иначе будут связаны с управлением интернетом. В настоящее время довольно сложно предположить, каким образом будет решаться сам вопрос управления интернетом, но ключевой тезис, имеющий значение для его решения, состоит в том, что обсуждение проблем, связанных с управлением интернета, включая вопросы стабильного и безопасного функционирования интернета, не может быть достигнуто только на уровне государств. Все вопросы политики управления интернетом могут решаться только путем вовлечения всех заинтересованных сторон: гражданского общества, частного сектора, технического и академического сообщества, правительств, и именно такой подход был закреплён итоговыми документами двух этапов WSIS.

When it comes to designing an International Internet Governance Model. Part 2 (Summary)

*Madina B. Kasenova**

The World Summit on the Information Society has been held under the aegis of two United Nations-sponsored conferences – one in Geneva (2003) and the other in Tunis (2005). The final documents of the Summit envisaged that the realization of the goals and objectives of putting information and communication technologies to use, of establishing an Information Society, and of governance of the Internet would be taken up at the third phase of the World Summit in 2015. The article discusses key measures to be implemented by the year 2015, in terms of the role of international organizations in these efforts.

Keywords: Internet; Cyberspace; Internet Governance; Internet Governance Forum; International Law; Cooperation of States; Information Society; WSIS “Golden Book”; Multistakeholders; United Nations; International Organizations.

* Madina B. Kasenova – Ph.D. in law, professor, Head of the Chair of International Private Law, Diplomatic Academy MFA Russia.

¹ Статья является продолжением предыдущей статьи, опубликованной в Московском журнале международного права. См.: Касенова М. Б. К вопросу формирования международно-правовой модели управления интернетом: (к итогам всемирной встречи на высшем уровне по вопросам информационного общества) / М.Б. Касенова // Московский журнал международного права. – 2013. – № 1. – С. 92-108.

² Подробнее см.: URL: <http://www.un.org/millennium/declaration/ares552e.htm>, а также доклад Яна Вандемуртеле (Jan Vandemoortele). – URL: http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/DESA---post-2015-paper-Vandemoortele.pdf

³ См., например материалы – URL: <http://www.ifla.org/news/start-of-wsis10-review>, <http://www.ifla.org/news/wsis-10-review-meeting> и др.

⁴ <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>.

⁵ Многостороннее участие given to all stakeholders – governments, business entities, civil society and international всех заинтересованных сторон получило название «мультистейкхолдеризма» – *Multistakeholderism*.

⁶ См. подробнее: Декларация принципов WSIS, пункт 49 (WSIS-03/GENEVA/DOC/0004).

⁷ См. подробнее WSIS-03/Geneva/DOC/0004. – URL: <http://www.itu.int/wsis/basic/about.html>.

⁸ Ассоциация по развитию коммуникаций (Association for Progressive Communications, APC) является некоммерческой организацией, представляющей частный сектор, см. подробнее: <http://www.apc.org/en/about>.

⁹ ЕСПАТ International является глобальной сетью организаций и частных лиц, работающих вместе для ликвидации детской проституции, детской порнографии и торговли детьми в сексуальных целях. Сеть ЕСПАТ состоит из ЕСПАТ групп, действующих в большинстве стран мира, Международного совета, Международной Ассамблеи и Международного секретариата. См. подробнее http://www.ecpat.net/EI/Ecpat_vision.asp.

¹⁰ Проект «Золотая книга» был официально начат в октябре 2005 года. – URL: <http://www.itu.int/wsis/goldenbook/Publication/GB-final.pdf>; см. также об этом подробнее – URL: <http://www.wsis-community.org>.

¹¹ См., например, Резолюция Генеральной Ассамблеи 58/201 – Режим доступа www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=en&id=2167; а также «Информация о Всемирном саммите Информационного общества»: <http://www.itu.int/wsis/basic/about.html>.

¹² URL: <http://www.igf/about>

¹³ Например, см. – URL: <http://www.magazines.russ.ru/vestnik/2011/30/ne13.html>; <http://www.flcd.ru/news/internet>.

¹⁴ См., например, Резолюцию Генеральной Ассамблеи 58/201. Комитета Министров Всемирной встрече на высшем уровне по вопросам информационного общества (WSIS) (Женева 10-12 декабря 2003 года); The World Summit on the Information Society (WSIS). – URL: <http://www.itu.int/wsis/basic/about.html>; Документ ООН: A/RES/59/220. Декларация принципов и План действий ВСИС – WSIS-03/Geneva/DOC/0004; резолюцию Экономического и Социального Совета ООН (ЭКОСОС) 2011/16 от 26 июля 2011 года (E/2011/INF/2) и др.

¹⁵ См. Например, – URL: <http://magazines.russ.ru/vestnik/2011/30/ne13.html>; а также <http://www.flcd.ru/news/internet>.

¹⁶ A/65/78.E/2010/68.

¹⁷ См. резолюцию 65/141 Генеральной Ассамблеи <http://www.un.org>.

¹⁸ Раздел «В» резолюции A/65/78-E/2010/68.

¹⁹ www.itu.int/wsis.

²⁰ См. - URL: <http://www.groups.itu.int/wsis-forum2011/>; сведения о деятельности UNGIS см.: www.ungis.org. Об основных направлениях деятельности UNGIS – URL: <http://www.ungis.org>.

²¹ Например, в настоящее время UNGIS возглавляет ЮНЕСКО. См. об этом URL: <http://www.ungis.org>.

²² http://www.ungis.org/Portals/0/documents/thematicmeetings/wsis+10/WSIS+10-Presentation_of_Outcomes-Action_Plan.pdf.

²³ Коалиция государств IBSA была создана в 2003 году в целях координации, сотрудничества и обмена знаниями по актуальным глобальным проблемам, а также создания условий вклада этих стран в процесс формирования так называемого «нового международного порядка», поскольку эти страны имеют близкие позиции относительно роли и развития международного права. Управление интернетом является одним из тех вопросов, по которому эти государства занимают близкие позиции.

²⁴ См. Подробнее – URL: <http://www.internetgovernance.org/2011/09/17/india-brazil-and-south-africa-call-for-creation-of-new-global-body-to-control-the-internet>.

²⁵ См. подробнее URL: <http://igfwatch.org/discussion-board>.

²⁶ См. подробнее: URL: <http://igfwatch.org/discussion-board/indias-proposal-for-a-un-committee-for-internet-related-policies-cirp>.

²⁷ В российской доктрине, в деловой лексике и проч. эта конвенция часто неадекватно называется «Конвенцией о киберпреступности». См. например: Кубалий И. Управление Интернетом. М., 2010; Касенова М.Б., Якушев М.В. Управление интернетом. Документы и материалы. СПб., 2013 и др.

²⁸ См. текст Резолюции A66/356: доступно: <http://inosmi.ru/russia/20110913/174603156.html>.

²⁹ URL: <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/112.html>.

³⁰ URL: <http://www.Cambridge.org/9781107024434>. Центр передового опыта НАТО по совместной защите от киберугроз (The NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence), г. Таллинн (Эстония).

³¹ См. например, материалы <http://www.3dnews.ru/643092>; <http://www.securitylab.ru/blog/personal/tsarev/29130.php> и др. Взвешенная оценка документа дана А. Лукацким, URL: <http://lukatsky.blogspot.ru/2013/05/blog-post.html>.

³² Центр передового опыта НАТО по совместной защите от киберугроз (*The NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence, CCDCOE*), называемый иногда – Объединенный центр передового опыта в сфере кибернетической защиты, создан в 2008 году в г. Таллинне (Эстония) в целях повышения эффективности взаимодействия стран НАТО и расширения их возможностей в сфере кибербезопасности, аккредитован при НАТО и имеет статус международной военной организации. В его компетенцию входит предоставление экспертных заключений по вопросам совместной кибернетической и информационной безопасности для НАТО и стран-членов НАТО.

³³ Доступно: www.Cambridge.org/9781107024434. Центр передового опыта НАТО по совместной защите от киберугроз (The NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence), г. Таллинн (Эстония).

³⁴ См., например, – URL: http://mirslovarei.com/content_eco/opinio-juris-49850.html#ixzz2YSq1YaOd.

³⁵ URL: <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/114.html>.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Конституционно-правовые основы международного коммерческого арбитража в России

*Балеевских Л.С.**

В последнее время в свете решений Конституционного Суда РФ, затрагивающих вопросы третейского судопроизводства, все чаще и чаще встает вопрос о том, каковы его конституционно-правовые основы, они же – основополагающие конституционно-значимые принципы международного коммерческого арбитража. О таких основах и принципах и пойдет речь в статье.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж; третейский суд; третейское судопроизводство; Конституция; Конституционный Суд РФ.

Как известно, в Конституции России не содержатся и никогда не содержались положения, непосредственно касающиеся вопросов международного коммерческого арбитража. Аналогичная ситуация наблюдается и в конституциях многих других стран.

Однако тот факт, что в Конституции России право на разрешение споров посредством обращения в третейский суд прямо не закреплено (а возможно, и не должно быть закреплено), не означает, что арбитраж¹ в России (равно как и в других странах) не имеет своих конституционно-правовых основ.

Конституционно-правовые основы того или иного института формируются двумя группами норм:

* Балеевских Людмила Сергеевна – соискатель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России. ludmila.baleevskikh@gmail.com.

(1) нормами, которые допускают, создают основу и фундамент его существования, провозглашая некий общий принцип, право, свободу, без которых функционирование такого института было бы невозможным; а также

(2) нормами, которые существование этого института не исключают (например, таких норм, которые описывают «параллельно» существующие институты, функционирующие в той же сфере, либо относятся к смежной правовой сфере, но при этом не препятствуют, а в некоторых случаях даже предполагают существование соответствующего института, имеющих, например, те же самые цели и задачи, но решающих их иными средствами).

Их совокупность и является «несущей конструкцией» того или иного института, составляющей конституционно-правовую основу его легитимности.

Основу легитимности международного коммерческого арбитража в Конституции России составляют нормы, посвященные и утверждающие:

- частную автономию и свободу действий;
- гарантированность судебной защиты прав и свобод;
- принцип осуществления правосудия только судом.

Именно о таких основах международного коммерческого арбитража и далее пойдет речь.

1.1. Частная автономия и свобода действий

Как в теории, так и на практике, как в России, так и за ее пределами, преобладающей считается позиция, заключающаяся в том, что арбитраж «покоится» на праве свободы действий граждан и организаций / юридических лиц и их частной автономии, в том или ином виде закрепленных в конституции каждого государства, провозглашающего себя демократическим².

Что есть частная автономия и свобода действий?

Простой ответ на этот вопрос мог бы быть следующим: автономия есть возможность делать то, что прямо не запрещено законом.

Для случаев, когда стороны отдают предпочтение разрешению их спора посредством арбитража, после чего проигравшая сторона исполняет вынесенное арбитражное решение, навряд ли в конституции какой-либо страны нашлось бы (или из ее текста вытекало бы)

положение, которое бы требовало от законодателя признавать такое поведение не соответствующим закону.

Однако частная автономия заключается не просто в возможности делать то, что не запрещено законом. Она приобретает правовое значение только тогда, когда закон объявляет определенные действия создающими определенный правовой эффект.

Как верно отмечает доктор Керт Хеллер (*Kurt Heller*), стороны могут составить документ, назвав его «арбитражное соглашение», пригласить арбитра, а вслед за этим составить другой документ под названием «арбитражное решение». Однако это еще нельзя считать автономией.

Действия сторон и арбитра только тогда становятся продуктом частной автономии, когда арбитражное соглашение и арбитражное решение являются институтами, закрепленными в законе и имеющими определенное юридическое содержание, а следовательно, порождающими (в соответствующих ситуациях) определенные юридически-значимые последствия, иными словами — когда они становятся «видимыми» для права, законодателя, правоприменителя, субъектов права.

«Частная автономия, следовательно, не является оправданием допустимости арбитража, пока конституция не разрешает законодателю принимать законы в отношении арбитража, что делает его формой альтернативного разрешения споров»³. Эта мысль подтверждается и проф. В.В. Ярковым: «Конституционность третейского разбирательства — это его дозволение государством в соответствующем Конституции РФ федеральном законе»⁴.

Такие законы, при условии их соответствия Основному закону, и позволяют рассматривать арбитраж как допустимый с точки зрения Конституции, а значит легитимный, способ разрешения споров⁵.

Какие нормы Конституции России, провозглашающие частную автономию и свободу действий, включая свободу договора, дают право законодателю принимать законы, предметом регулирования которых является третейское разбирательство?

Очевидно, что это, в первую очередь, те нормы, которые посвящены правам и свободам физических и юридических лиц во всех их проявлениях:

«Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства» (ст. 2);

«В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности» (ч. 1 ст. 8);

«Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности» (ч. 1 ст. 34);

«Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом» (ч. 2 ст. 45).

На наш взгляд, это и есть те положения Конституции России, которые придают арбитражу значение института, имеющего определенное юридически-значимое содержание с точки зрения российского законодателя, и которые составляют его конституционно-правовой фундамент, «позитивно» допуская существование, функционирование и признание со стороны государства арбитража на территории Российской Федерации, что далее уже находит отражение в соответствующих нормативных актах РФ.

Частично такой сделанный нами вывод совпадает с позицией проф. А.С. Комарова⁶ и проф. В.В. Яркова⁷, упоминающих ч. 1 ст. 34 и ч. 2 ст. 45 Конституции России в качестве «конституционных истоков третейского судопроизводства» в России.

Как видно, положения ст. 2 и ч. 1 ст. 8 Конституции России исследователями обычно игнорируются. Однако на наш взгляд, они не менее важны в качестве упомянутых «истоков»:

– ст. 2 – как гарантирующая признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека со стороны государства, включая естественное право каждого человека на самостоятельный выбор способа разрешения спора / урегулирования конфликта для защиты своих прав. «Естественным правом каждого человека» данное право назвал Г.В. Севастьянов, с точки зрения которого его «безусловное действие» ограничено единственным требованием – «способ разрешения спора (урегулирования конфликта) не должен быть запрещен законом (п. 2 ст. 45)»⁸;

– ч. 1 ст. 8 – как провозглашающая свободу экономической деятельности, а значит, непосредственно касающаяся вопроса частной автономии и свободы действий, в первую очередь – действий предпринимателей. На принципе экономической свободы, в нормативное содержание которого входит, как свидетельствует практика КС РФ, прежде всего свободное от какого-либо воздействия принятие хозяйственных

решений, строится российская конституционно-правовая модель взаимоотношений публичной власти и бизнеса. На данный принцип опираются нормы гл. 2 Конституции России, закрепляющие основные экономические права, имманентно присущие обществу, в котором функционирует экономика рыночного типа⁹.

Вместе с тем необходимо отметить, что решения Конституционного Суда РФ (далее также – КС РФ)¹⁰, за единственным пока исключением (Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. №10-П, вынесенное по обращению ВАС РФ в связи с возникшим вопросом об арбитрабельности споров с недвижимостью), не содержат ссылок на вышеуказанные положения Конституции России для целей обоснования права на обращение в третейский суд.

Как представляется, одной из основных причин этого является то, что сам по себе вопрос о легитимности арбитража как одного из альтернативных самостоятельных способов защиты прав и свобод с точки зрения Конституции России никогда прежде не ставился перед КС РФ так прямо и недвусмысленно, как он был поставлен в обращении Высшего арбитражного Суда РФ в 2011 г.¹¹, по итогам рассмотрения которого было вынесено Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П.

В тех же случаях, когда данный вопрос затрагивался в обращении заявителя только косвенно, КС РФ предпочитал уйти от прямого ответа на него, что в целом свойственно решениям КС РФ вообще и его решениям по вопросам МКА, в частности¹².

Так, например, при принятии таких актов как Определение от 9 декабря 1999 г. №191-О, Определение от 26 октября 2000 г. №214-О, Определение от 15 мая 2001 г. №204-О и некоторых других КС РФ мог бы рассмотреть вопрос о конституционно-правовых основах арбитража, однако предпочел не фокусировать на этом свое внимание, лишь попутно упомянув о действии принципа свободы договора при выборе процедуры разрешения спора сторонами, заключающими контракты, включающие арбитражные соглашения (оговорки).

Соответственно, первым и единственным пока решением КС РФ в этом отношении является Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П¹³, принятое по итогам рассмотрения вышеуказанного обращения ВАС РФ, в котором последний, среди прочего, прямо поставил перед КС РФ вопрос, является ли третейский суд «судом» по смыслу Конституции России и могут ли третейские суды отождествляться

с государственными судами в свете права третейских судов разрешать споры, касающиеся недвижимого имущества¹⁴.

В ответ на это КС РФ сказал следующее:

«Гарантируя государственную, в том числе судебную, защиту прав и свобод человека и гражданина, Конституция Российской Федерации одновременно закрепляет право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (статья 45, часть 2). К числу таких – общепризнанных в современном правовом обществе – способов разрешения гражданско-правовых споров, протекающих из свободы договора, которой наряду с автономией воли участников предпринимательской и иной экономической деятельности обуславливаются диспозитивные начала гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений, относится обращение в третейский суд – международный коммерческий арбитраж или внутренний третейский суд (постоянно действующий третейский суд или третейский суд, образованный сторонами для решения конкретных споров (ad hoc).

В Российской Федерации право сторон гражданско-правового спора на его передачу в третейский суд основано на статье 45 (часть 2) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее статьей 8 (часть 1), согласно которой в Российской Федерации гарантируются свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции, и статьей 34 (часть 1), закрепляющей право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

[...]

Стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда.

[...]

Тем самым подтверждается правомерность обращения частных лиц – в пределах реализации ими на основе автономии воли права на свободу договора – к третейскому разбирательству в сфере гражданских правоотношений, где допускается разрешение споров посредством общественного саморегулирования, а публичные интересы обеспечиваются законодательными предписаниями, устанавливающими процедуры третейского разбирательства...» (здесь и далее выделение (в виде подчеркивания или выделения текста жирным) мое. – Б.Л.)

Как видно, КС РФ обосновывает возможность разрешения гражданско-правовых споров посредством обращения к третейскому разбирательству через положения Конституции России, посвященные частной автономии и свободе договора:

– ст. 2 о гарантированности защиты прав и свобод человека со стороны государства (хоть КС РФ прямо на нее и не ссылается, она косвенно подразумевается в следующем утверждении: *«Гарантируя государственную, в том числе судебную, защиту прав и свобод человека и гражданина, Конституция Российской Федерации одновременно закрепляет право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (статья 45, часть 2)»*); *«Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства»*);

– ч. 1 ст. 8 о гарантированности свободы экономической деятельности;

– ч. 1 ст. 34 о свободном использовании своих способностей и имущества для законной экономической деятельности;

– ч. 2 ст. 45 о доступности всех не запрещенных законом способов защиты прав и свобод.

Прежде – до Постановления от 26 мая 2011 г. №10-П – Конституционный Суд РФ также ссыался на принцип свободы договора участников экономической деятельности применительно к третейскому разбирательству (причем интересно отметить, что понятие «автономия воли» ранее, до указанного Постановления КС РФ, в решениях КС РФ не упоминалось), но только в контексте выводов и суждений по отдельным узким вопросам, поставленным заявителем перед КС РФ (см., например, Определение от 9 декабря 1999 г. №191-О; Определение от 26 октября 2000 г. №213-О; Определение КС РФ от 26 октября 2000 г. №214-О; Определение КС РФ от 15 мая 2001 г. №204-О; Определение КС РФ от 20 февраля 2002 г. №54-О)¹⁵.

Таким образом, на настоящий момент Постановление от 26 мая 2011 г. №10-П пока остается единственным решением Конституционного Суда РФ, в котором он четко, ясно и недвусмысленно высказался по поводу конституционно-правовых основ права на обращение в третейский суд. К таким основам относятся частная автономия и предполагаемая ей свобода договора / действий, закрепленные в ст. 2, ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 34 и ч. 2 ст. 45 Конституции России, которые и предоставляют право национальному

законодателю принимать законы, предметом регулирования которых является третейское разбирательство.

Как уже отмечалось выше, другой группой норм Конституции РФ, из которых вытекает возможность существования и функционирования арбитража в России, являются нормы Конституции России, действие которых **никак не затрагивается и не нарушается** существованием арбитража – последний функционирует без ущерба для реализации закрепленных в них конституционных прав, свобод и гарантий.

Они также являются нормами Конституции РФ, формирующими конституционно-правовые основы института третейского разбирательства:

«Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод» (ч. 1 ст. 46).

«1. Правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом.

2. Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства.

3. Судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией Российской Федерации и федеральным конституционным законом. Создание чрезвычайных судов не допускается» (ст. 118).

Именно на эти нормы Конституции России чаще всего ссылается КС РФ в своих решениях в отношении МКА.

При этом, вполне естественным и логичным будет следующее утверждение: существованием и функционированием арбитража не нарушается **ни одна норма Конституции РФ** (при том, что часть из них отношениями в сфере третейского судопроизводства и нормами законов, их регулируемыми, **никоим образом не затрагивается**, как, например, ч. 2 ст. 34 Конституции РФ о запрете монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, ст. 35 Конституции РФ о гарантированности защиты права частной собственности (см., например, определение КС РФ от 26 октября 2000 г. №214-О)).

Это подтверждается хотя бы тем, что таких нарушений не обнаружил сам КС РФ при проверке соответствующих законоположений на соответствие их Конституции РФ.

Ниже кратко рассматривается каждая из указанных норм Конституции РФ (ч. 1 ст. 46, ст. 118), в том числе через призму толкования их КС РФ применительно к арбитражу.

1.2. Гарантированность судебной защиты прав и свобод

Согласно ч. 1 ст. 46 Конституции России *«Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод»*.

КС РФ рассматривает право на судебную защиту как гарантию и средство обеспечения всех других прав и свобод (см., например, Постановление КС РФ от 11 мая 2005 г. №5-П, Определение от 25 ноября 2010 г. №1468-О-О, Постановление от 19 июля 2011 г. №17-П и др.). Причем такому праву корреспондирует обязанность государства и, в первую очередь, суда как органа государственной (судебной) власти, обеспечить реализацию данного субъективного права посредством осуществления правосудия.

Суды, входящие в судебную систему России, обладают монополией на осуществление правосудия на территории России, в то время как третейские суды в российскую судебную систему не входят и правосудия не осуществляют, что, *«однако, не означает, что Конституция Российской Федерации исключает тем самым возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами в процедуре третейского разбирательства посредством третейских судов, действующих в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями»* (Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. №10-П).

Наоборот, право по своему усмотрению обратиться в государственный или в третейский суд (по соответствующей категории споров) *«расширяет возможности разрешения споров в сфере гражданского оборота»*. Следовательно, такое право выбора, с точки зрения КС РФ, *«в контексте гарантий, закрепленных статьями 45 (часть 2) и 46 Конституции Российской Федерации, само по себе не может рассматриваться как их нарушение»* (Постановлении КС РФ от 26 мая 2011 г. №10-П).

Аналогичная позиция, хотя и сформулированная гораздо более лаконично, высказывалась КС РФ и ранее (см., например, Определение от 9 декабря 1999 г. №191-О; Определение от 26 октября 2000 г. №214-О; Определение от 21 июня 2000 г. №123-О; Определение от 20 февраля 2002 г. №54-О; Определение от 1 июня 2010 г. №754-О-О).

Таким образом, можно заключить, что:

- выбор альтернативных способов разрешения споров, к которым относится и третейское разбирательство;
- заключение третейского соглашения между сторонами;

— установление в законе ограниченного перечня оснований для отмены решения третейского суда;

— порядок третейского разрешения споров, предусмотренный законом, в том числе с признанием по соглашению сторон окончательности третейского решения;

— ограничение судебного вмешательства в отношения, возникающие в связи с реализацией арбитражных соглашений и вынесением арбитражных решений, включая ограничение компетенции судов при рассмотрении ходатайств об отмене решений третейских судов,

право на судебную защиту, предусмотренное ст. 46 Конституции РФ, не нарушают, не исключают и ему не противоречат, что в очередной раз свидетельствует в пользу «конституционно-правовой допустимости» существования и функционирования института третейского разбирательства.

1.3. Осуществление правосудия только судом

Ст. 118 Конституции России предусматривает следующее:

«1. Правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом.

2. Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства.

3. Судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией Российской Федерации и федеральным конституционным законом. Создание чрезвычайных судов не допускается».

Приведенная статья Конституции РФ конкретизирует относящиеся к основам конституционного строя ст. 10 и ч. 1 ст. 11 Конституции РФ, в которых судебная власть рассматривается как разновидность государственной власти, осуществляемая судами самостоятельно.

Сущностное отличие судебной власти определено в ч. 1 ст. 118 Конституции – на нее возложено осуществление правосудия. Эта функция составляет монополию государственных судов¹⁶.

В ст. 4 ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 г. №1-ФКЗ содержание ч. 1 ст. 118 Конституции РФ конкретизируется указанием на то, что правосудие осуществляется «только судами, учрежденными в соответствии с Конституцией Российской Федерации и настоящим Федеральным конституционным законом». В этой же статье сказано, что в России действуют федеральные суды,

конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов Федерации, составляющие судебную систему Российской Федерации.

Таким образом, **правосудие можно определить как юрисдикционную деятельность по разрешению споров и защите нарушенных или оспоренных прав, осуществляемую судами, входящими в судебную систему Российской Федерации**, тогда как «...*третейский суд не относится к органам осуществления правосудия (статья 118 Конституции Российской Федерации)*» (Определение КС РФ от 4 июня 2007 г. №377-О-О).

Никакие другие органы или лица не вправе принимать на себя функцию по осуществлению правосудия, если даже в их наименовании фигурирует термин «суд»¹⁷.

Под «судами» в приведенной статье Конституции России, а также в иных ее нормах, понимаются **исключительно государственные суды**, входящие в российскую судебную систему, но не третейские суды. В ней такие понятия как «третейский суд» или «международный коммерческий арбитраж» вообще не употребляются.

При этом вполне можно допустить мысль о том, что законодатель, устанавливая процедуру и правовые последствия третейского разбирательства, до некоторой степени и с определенными целями приравнивает третейское разбирательство к судебному порядку разрешения споров – например, в части требования о соблюдении основополагающих минимальных процессуальных стандартов, а также ряда последствий передачи сторонами спора на рассмотрение избранного ими третейского суда и вынесения ставшего обязательным для сторон решения. Так, наличие решения третейского суда (за исключением случаев, если суд отказал в выдаче исполнительного листа на это решение) является основанием для прекращения производства по делу о рассмотрении спора между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям (п. 2 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, п. 5 ст. 220 ГПК РФ); наличие такого решения является также основанием для отказа в принятии искового заявления по гражданскому делу судом общей юрисдикции (п. 3 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ); наличие такого решения по делам о недвижимом имуществе является основанием для внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним, а также в соответствующих предусмотренных законом случаях, обращение взыскание на такое имущество (ст. 28 ФЗ «О государственной

регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»; п. 1 ст. 33 и ст. 51 ФЗ «Об ипотеке»).

Однако признание ряда юридических последствий вынесения решения третейским судом, схожих с последствиями рассмотрения дела государственным судом, **не означает отождествления третейской формы защиты права с судебной защитой, осуществляемой государственными судами**, а третейских судов – с судебными органами, образующими по смыслу ст. 118 Конституции РФ судебную систему государства¹⁸, что также подтверждается позицией Конституционного Суда РФ: *«Ценность права на судебную защиту как важнейшей конституционной гарантии всех других прав и свобод обусловлена особым местом судебной власти в системе разделения властей и ее прерогативами по осуществлению правосудия, вытекающими из статей 10, 11 (часть 1), 18, 118 (часть 2), 120 (часть 1), 125–127 и 128 (часть 3) Конституции Российской Федерации. Именно судебная власть, независимая и беспристрастная по своей природе, играет решающую роль в государственной защите прав и свобод человека и гражданина, и именно суд окончательно разрешает спор о праве, чем предопределяется значение судебных решений как государственных правовых актов, выносимых именем Российской Федерации и имеющих общеобязательный характер (Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 4 апреля 2002 года № 8-П и от 17 марта 2009 года №5-П).*

[...]

Европейский Суд по правам человека полагает, что статья 6 Конвенции не исключает создание третейских судов для разрешения споров между частными лицами; слово «суд» в ее пункте 1 не обязательно должно пониматься как суд классического типа, встроенный в стандартный судебный механизм страны, и может подразумевать орган, учрежденный для решения ограниченного числа особых вопросов, при неизменном условии, что им соблюдаются необходимые гарантии (Постановления от 8 июля 1986 года по делу «Литгоу и другие (Lithgow and others) против Соединенного Королевства» и от 3 апреля 2008 года по делу «Риджент Кампани (Regent Company) против Украины»)

[...]

Приведенные законоположения, гарантируя участникам третейского разбирательства необходимые процессуальные права, направлены на обеспечение принципа справедливого судебного разбирательства,

который – по смыслу статей 46 (часть 1) и 118 (часть 1) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи со статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод –распространяется как на разбирательство в государственном суде, так и на третейское разбирательство. Вместе с тем это не означает отождествление третейской формы защиты права с судебной защитой как таковой, осуществляемой государственными судами, а третейских судов как институтов гражданского общества – с судами Российской Федерации, которые в соответствии со статьями 10, 11 (часть 1) и 118 Конституции Российской Федерации и Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации» в рамках разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную осуществляют судебную власть и образуют судебную систему Российской Федерации.

Передача спора, который возник или может возникнуть между сторонами какого-либо конкретного правоотношения, на рассмотрение третейского суда остается альтернативной формой защиты права и не превращает сам по себе порядок третейского разбирательства в собственно судебную форму защиты права, равно как и не порождает иных юридических последствий, помимо предусмотренных законом именно для третейского решения, которое – в силу юридической природы третейского разбирательства – принимается третейским судом от своего имени, обязательно для сторон на основе добровольного исполнения, а обеспечение его принудительного исполнения находится за пределами третейского рассмотрения и является задачей государственных судов и органов принудительного исполнения» (постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. №10-П).

В процитированном выше Постановлении КС РФ выразился вполне определенно: никакого отождествления «суда» и «третейского суда» в контексте функций отправления правосудия нет и быть не может, арбитраж – это предусмотренная законом альтернативная форма разрешения споров, не противоречащая ст. 118 Конституции, сосуществующая с разрешением споров государственными судами.

В контексте приведенного решения КС РФ, интересно также взглянуть на особое мнение судьи К.В. Арановского к вышеприведенному Постановлению КС РФ от 26 мая 2011 г.

К сожалению, невозможно здесь привести его полностью, хотя на наш взгляд, оно может и должно восприниматься только целиком, а приводить какую-либо часть в рассматриваемом контексте едва ли имеет смысл.

Тем не менее, если попытаться передать смысл некоторых содержащихся в нем суждений, важно, в первую очередь, отметить, что судья Конституционного Суда РФ К.В. Арановский не согласен с *«приданием правосудию того смысла, что оно образует лишь отправление и или функцию государственной власти»*.

При этом, конечно, он толкует сам термин «правосудие» не узко и ограничительно, оставаясь в рамках буквального смысла положений ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», а более широко и системно, понимая под ним (близким до синонимии к понятию «юрисдикция») *«вынесение суждений, основанных на праве»*, и утверждая, что недопустимо *«выводить правосудие лишь из публичной власти»*. Соответственно, положения Конституции РФ не делают обязательным тот вывод, что *«правосудная юрисдикция возможна лишь в актах государственной власти»*, *«институт третейского суда располагается именно в области правосудия»* (мнение судьи Конституционного Суда РФ К.В. Арановского к Постановлению Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. №10-П).

Безусловно, если понимать правосудие таким образом, с изложенным мнением нельзя не согласиться. Однако это уже спор о терминах и их наполнении, восходящий к общетеоретическому осмыслению соотношения государства и права.

Общий вывод, которого придерживается судья К.В. Арановский, состоит в том, что Конституция России и ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» **не отрицают юрисдикционную деятельность иных, помимо государственных судов, субъектов.** *«Юрисдикционные права разрешать правовые споры или дела об ответственности имеют даже явно несудебные государственные органы (антимонопольная служба, избирательные комиссии); этими правами пользуются в трудовых спорах, в решениях квалификационной коллегии судей»* (мнение судьи Конституционного Суда РФ К.В. Арановского к Постановлению Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. №10-П).

Следовательно, с точки зрения К.В. Арановского, **юрисдикция третейских судов не может не признаваться в правовом государстве,**

которым провозглашена Российская Федерация в ст. 1 Конституции России.

Что и требовалось доказать.

Constitutional and Legal Regulations of International Commercial Arbitration in Russia (Summary)

*Ludmila S. Baleevskikh**

In light of the recent judgments of the Constitutional court of the Russian Federation dealing with the issues of arbitration proceedings, the question about the nature of its constitutional and legal fundamentals, at the same time being significant principles of international commercial arbitration, becomes more and more pressing. This article focuses on such fundamentals and principles.

Keywords: International commercial arbitration; arbitral tribunal; arbitration proceeding; Constitution; Constitutional court of the Russian Federation

* Ludmila S. Baleevskikh – post-graduate of the Chair of private international and civil law, MGIMO-University MFA Russia. ludmila.baleevskikh@gmail.com.

¹ Далее, если из текста прямо не следует иное, под термином «арбитраж» имеется в виду международный коммерческий арбитраж, а под термином «третейский суд» – третейское разбирательство, как на территории России, так и за рубежом.

² Schütze R.A. Privatesirung Richterlicher Tätigkeit: Staatlicher Gerichte durch Private Schiedsgerichte. Zeitschrift der Vergleichende Rechtswissenschaft. 99. Band. August 2000. S. 242. Привод. по: Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. № 4. С. 87. Причем в ФРГ эта аксиома провозглашена не только на уровне доктрины, но и на уровне судебной практики высших судов, например, Федерального суда правосудия Германии (German Federal Court of Justice), в одном из решений которого было прямо сказано о том, что право на обращение в третейский суд является производным от конституционных прав на личную свободу и частную автономию (CLOUT case No. 406. Bundesgerichtshof, Germany, II ZR 373/98, 3 April 2000 (www.dis-arb.de/en/47/datenbanken/rspr/bgh-case-no-ii-zr-373-98-date-2000-04-03-id6). Привод. по: UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, p. 35. (<http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>)).

³ Heller Kurt Constitutional Limits of Arbitration. – Stockholm Arbitration Report. – Volume 2000:1. – P. 9.

⁴ Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2008 – С. 681.

⁵ Здесь можно обвинить автора в чересчур позитивистском подходе. В некоторой степени он таковым и является, но обусловлен он не приверженностью автора к позитивизму как таковому, а попыткой обосновать существование арбитража именно через призму и с точки зрения Конституции России. Полезность такого подхода в том, чтобы «видимость» арбитража (по)чувствовал Конституционный Суд РФ, к которому в последнее время все чаще на рассмотрение попадают дела, касающиеся тех или иных вопросов третейского разбирательства. Отрицать же влияние КС РФ на последующее развитие арбитража в России просто бессмысленно.

⁶ Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2001. – № 4. – С. 87–88.

⁷ Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2008 – С. 681.

⁸ Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права. Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. С. 91.

⁹ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина — 2-е изд., пересмотр. — М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 106.

¹⁰ Здесь и далее под решениями КС РФ будут иметься в виду только те из них, которые в той или иной мере прямо или косвенно затрагивают вопросы МКА.

¹¹ Имеется в виду запрос ВАС РФ в КС РФ о проверке конституционности п. 1 ст. 11 ГК РФ, п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» от 29 июля 2010 г. (исх. № ВАС-С01/УМПС-1571), а также Дополнения от 30 декабря 2010 г. к Запросу о проверке конституционности норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», норм ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» и ст. 28 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

¹² Здесь также необходимо учитывать и то, что КС РФ отказал в принятии к рассмотрению всех таких обращений, как не отвечающих критерию допустимости.

¹³ Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

¹⁴ Запрос о проверке конституционности п. 1 ст. 11 ГК РФ, п. 1 ст. 33 ФЗ «Об ипотеке (залоге) недвижимости» от 29 июля 2010 г. (исх. № ВАС-С01/УМПС-1571).

¹⁵ См. также комментарии к цитируемым актам КС РФ: Современный международный коммерческий арбитраж: учебное пособие / под общей редакцией А.А. Костина. – М.: МГИМО-Университет, 2012. С.315–329. Автор раздела – А.И. Муранов.

¹⁶ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина – 2-е изд., пересмотр. — М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 852.

¹⁷ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. Л.В. Лазарева – 3-е изд. М.: Новая правовая культура, Проспект, 2010. С. 687.

¹⁸ Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 384.

ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

Правовое регулирование европейского внутреннего рынка

*Юмашев Ю.М.**

В статье последовательно рассматривается эволюция понятия «европейский внутренний рынок» (от «общего рынка» к «единому внутреннему рынку» ЕС), правовая база механизма его регулирования, пространственная и предметная сферы функционирования «единого внутреннего рынка», методы его формирования (путем так называемой «отрицательной» и «положительной» интеграции), дается сравнение с регулированием внутреннего рынка США и на этом фоне отмечается фрагментарность и трудности развития данного процесса, вызванные его многогранностью (в частности, проблема разработки стандартов качества товаров на уровне ЕС) и сопротивлением государств-членов. При этом детально анализируются положения Договора о функционировании Европейского Союза о внутреннем рынке и о разделении компетенций Союза и государств-членов в этой сфере. Статья заканчивается рассмотрением доклада М. Монти, подготовленного по просьбе Европейской Комиссии и посвященного решению проблем «европейского внутреннего рынка», а также предложений самой Комиссии, разработанных на основе выводов этого доклада, о создании социально ориентированного и базирующегося на достижениях передовых (включая и управленческих) технологий внутреннего рынка ЕС. Предполагается, что предложения будут сформулированы к весне 2014 г. Одна из их основных целей – вернуть доверие граждан государств-членов

* Юмашев Юрий Михайлович – д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

к Европейскому союзу, как интеграционной группировке, поскольку оно было потеряно в связи с непрекращающимся валютно-финансовым и экономическим кризисом 2008 г.

Ключевые слова: Европейский внутренний рынок; методы отрицательной и положительной интеграции; Белая книга 1985 г.; Единый европейский акт 1986 г.; Доклад М. Монти о новой стратегии для единого внутреннего рынка, Предложения Европейской Комиссии «Внутренний рынок I» и «Внутренний рынок II».

Развитие идеи внутреннего рынка

Право ЕС было и остается по большей части экономическим. Его основу и одновременно цель изначально составляло создание «европейского единого внутреннего рынка» на основе таможенного союза¹. Его идею ещё в начале 1980-х гг. довольно чётко сформулировал Суд ЕС, как «систему устранения всех препятствий трансграничной торговле между государствами-членами с целью слияния их национальных рынков в единый (европейский) внутренний рынок, условия которого должны быть максимально приближены к реальному внутреннему рынку»².

В 1985 г. в период так называемого «евросклероза» Европейская комиссия (далее – КОМ) в своей «Белой книге о завершении формирования внутреннего рынка» сформулировала конкретные предложения об устранении существующих препятствий взаимной торговле между государствами-членами. В частности, эти предложения предусматривали помимо мер по гармонизации соответствующего национального законодательства меры по устранению:

- внутреннего пограничного контроля;
- налоговых препятствий, путем сближения правовых норм государств-членов в области налогообложения (в первую очередь косвенного);
- технических ограничений, прежде всего нетарифных ограничений торговле между государствами-членами.

Кроме того, с этой же целью предлагалось в дополнение к «гармонизации» проводить «новую стратегию» на основе принципа «взаимного признания» государствами-членами товаров и услуг друг друга во взаимной торговле в интересах создания «реального (европейского) внутреннего рынка». Авторы «Белой книги» полагали, что стратегия совместного применения этих двух подходов окажется наиболее эффективной для достижения этой цели³.

Приложение к «Белой книге» содержало около 300 директив с указанием сроков их включения в национальное законодательство. Предусматривалось, что процесс формирования правовой базы «внутреннего рынка» должен быть завершён не позднее 31 декабря 1992 г., хотя эта дата не имела юридически обязательного характера⁴.

Следующим шагом на пути становления единого внутреннего рынка стало принятие Единого европейского акта (ЕЕА), который вступил в силу в 1987 г. Согласно ст. 8а ЕЕА «...внутренний рынок охватывает не имеющую внутренних границ территорию, в рамках которой обеспечивается свободное движение товаров, лиц, услуг и капиталов в соответствии с положениями настоящего договора»⁵. Как видно из выше-сказанного «Белая книга» и ЕЕА тесно между собою связаны. И ЕЕА, кроме прочего, являясь в отличие от «Белой книги» юридически обязывающим актом», перераспределяет уставные компетенции в пользу органов ЕС, (в первую очередь Комиссии), открывая им новые сферы регулирования в ущерб усмотрению государств-членов.

Формулировка ЕЕА о внутреннем рынке была закреплена в ст. 14(2) амстердамской и ницкой редакций Договора о Европейском Сообществе. Эта формулировка практически без изменений перекочевала в ст.26(2) ДФЕС⁶.

Процитированные выше положения ст. 8а ЕЕА, зафиксированные в ст. 26(2) ДФЕС, которые определяют понятие внутреннего рынка, как «пространства без внутренних границ, в котором осуществляется свободное движение товаров, лиц, услуг и капиталов, предполагают достижение следующих целей на основе сотрудничества Союза и государств-членов, имеющего юридически обязывающий характер:

- гарантии беспрепятственного осуществления экономических свобод ЕС во всех государствах-членах посредством устранения ограничений юридического, технического и фактического характера;
- устранение нарушений конкуренции⁷;
- отмена пограничного контроля и гарантии постоянного проживания на всей территории ЕС граждан государств-членов, независимо от того, занимаются они экономической деятельностью или нет⁸;
- создание экономического и валютного союза (ЭВС) на основе принципов социально ориентированной рыночной экономики и свободной конкуренцией.

Таким образом, перечисленные выше цели свидетельствуют о том, что понятие «внутреннего рынка» не ограничивается лишь

экономическими аспектами, а имеет более широкий социальный смысл, что находит своё отражение в нормативной базе его регулирования.

Правовая основа формирования и функционирования «внутреннего рынка»

Правовую основу механизма регулирования «внутреннего рынка» составляют несколько компонентов: первичное и вторичное право ЕС, некоторые международные договоры между государствами-членами, практика Суда ЕС и национальное право государств-членов.

Как указывалось выше, согласно определению «внутреннего рынка» это понятие включает беспрепятственную реализацию экономических свобод ЕС на всей территории государств-членов в условиях добросовестной конкуренции. Обширный корпус правовых и административных норм и судебной практики, служащих источником механизмов регулирования этих свобод, конкуренции и ЭВС, будет детально рассмотрен в разделах, посвященных их анализу. Здесь же достаточно обрисовать в общем плане правовую основу, на которую опирается формирование, функционирование и развитие внутреннего рынка, как процесса в целом.

С этой точки зрения, в том, что касается первичного права, следует, прежде всего, упомянуть следующие статьи:

- ст.3 (3) Договора о Европейском Союзе (ДЕС), где предусматривается создание «внутреннего рынка» на основе социально ориентированной конкурентоспособной рыночной экономики, обеспечивающей полную занятость, высокое качество окружающей среды и стимулирующей научно-технический прогресс;

- ст.4 (3) ДЕС о лояльном сотрудничестве ЕС и государств-членов при выполнении задач и обязательств, вытекающих из учредительных договоров, а государства-члены, кроме того, воздерживаются от мер, препятствующих достижению целей ЕС;

- ст.5 ДЕС, а также Протокол №2 к ДФЕС о принципах «субсидиарности» и «пропорциональности» и их применении;

- ст.4(2а) ДФЕС о совместных компетенциях ЕС и государств-членов при формировании «внутреннего рынка»;

- ст.12 ДФЕС о запрете дискриминации по принципу гражданства;

- ст. ст.26 и 27 ДФЕС, дающих определение «внутреннего рынка» и исключения из механизма его регулирования;

– ст. ст.114 и 115 ДФЕС о гармонизации национальных законодательств государств-членов с целью создания и функционирования «внутреннего рынка»;

– ст.116 ДФЕС об устранении препятствий конкуренции на «внутреннем рынке», вызываемых различиями правовых и административных норм государств-членов;

– ст.118 ДФЕС о защите прав интеллектуальной собственности на уровне ЕС в рамках формирования и функционирования «внутреннего рынка».

Акты вторичного права, касающиеся «внутреннего рынка» принимаются на основе ст.ст.114 и 115 ДФЕС. Они направлены на гармонизацию правовых и административных норм государств-членов с целью создания, стабильного функционирования и расширения сферы действия «внутреннего рынка».

Применение национального законодательства осуществляется на основе ст.4(2а) ДФЕС о совместных компетенциях и с учётом принципов «субсидиарности» и «пропорциональности».

Практику Суда ЕС в этом отношении трудно переоценить. Суд ЕС приходится постоянно сталкиваться с необходимостью находить сбалансированный подход к сглаживанию противоречий между интересами государств-членов и ЕС, учитывая их совместную компетенцию в данной сфере, хотя, конечно, его решения свидетельствуют о стремлении стимулировать формирование «внутреннего рынка».⁹

Субъектная, пространственная и предметная сфера действия «внутреннего рынка»

Что касается субъектной сферы, то ст.3(3) ДЕС и ст.ст. 4((2а), 26 ДФЕС придают «внутреннему рынку» фундаментальное значение цели ЕС. Эта цель обязывает ЕС и его органы, в первую очередь Европейскую Комиссию (КОМ), Совет Министров (Совет), Европейский парламент (ЕП) и Суд ЕС (непосредственно) и государства-члены (косвенно) осуществлять законотворческую деятельность для реализации задач формирования «внутреннего рынка»¹⁰.

Пространственная сфера внутреннего рынка распространяется на территорию государств-членов и стран, входящих в европейское экономическое пространство (ЕЭП).

Предметная сфера включает, прежде всего, (экономические) свободы ЕС и конкуренцию. Однако компетенция ЕС осуществлять

гармонизацию национальных законодательств государств-членов служит эффективным инструментом для расширения предметной сферы действия «внутреннего рынка»¹¹.

Методы формирования «внутреннего рынка»

В литературе обычно различают 2 метода формирования «внутреннего рынка» – метод «негативной (отрицательной) интеграции» и метод «позитивной (положительной) интеграции».

Под «негативной интеграцией» понимают принятие мер на уровне ЕС по устранению или уменьшению отрицательного влияния национального законодательства государств-членов, прежде всего на их взаимную торговлю, и тем самым препятствующего формированию и функционированию «внутреннего рынка». Первостепенную роль здесь играет Суд ЕС (и суды государств-членов), который путем признания национальных мер, ограничивающих реализацию свобод ЕС на всей территории Союза недействительными, стимулирует создание «внутреннего рынка» не в последнюю очередь благодаря действию принципа «взаимного признания». Но при этом не происходит замены национальных норм, признанных недействительными, новыми нормами, более благоприятными для осуществления свобод. И именно в этом смысле данный метод формирования «внутреннего рынка» рассматривается в качестве негативной (отрицательной) интеграции, поскольку такой подход в сочетании с принципом «взаимного признания» часто ведет к конкуренции между правовыми порядками государств-членов и, в конечном счете, к тому, что на жаргоне юристов ЕС принято называть английским выражением “race to the bottom”. Другими словами, одни государства-члены, имеющие более жесткое регулирование и соответственно более высокие стандарты качества товаров и услуг, вынуждены соглашаться на импорт аналогичных товаров и услуг более низкого качества из других государств-членов¹².

Такое положение вызывает потребность в гармонизации норм, регулирующих трансграничные экономические связи между государствами-членами посредством принятия обязывающих актов вторичного права ЕС (регламентов и/или директив).

Этот метод носит название «позитивной интеграции». Он дополняет метод «негативной интеграции» и подчёркивает взаимосвязь между экономическими и политическими аспектами формирования

внутреннего рынка. Среди целей гармонизации правового регулирования «внутреннего рынка» можно назвать следующие:

- устранение препятствий осуществлению основных свобод ЕС;
- защита жизненно важных интересов государств-членов в связи с устранением этих препятствий;
- устранение нарушений конкуренции;
- стимулирование предпринимательской деятельности в условиях единого «внутреннего рынка» путем взаимного открытия национальных рынков государств-членов друг другу. Кроме того, гармонизация законодательства на уровне ЕС позволит координировать политику государств-членов в данной сфере и осуществлять контроль над рынком¹³.

а) Гармонизация правовых порядков государств-членов, как инструмент становления «внутреннего рынка». Ключевую роль в реализации процесса «гармонизации» с целью формирования «внутреннего рынка» играет ст.114 ДФЕС. Поэтому представляется целесообразным рассмотреть ряд её положений и практику Суда ЕС по их толкованию.

Ст.114 ДФЕС имеет довольно сложную структуру, которая свидетельствует о том, что становление единого европейского «внутреннего рынка» не может осуществляться без учёта национальных систем правового и административного регулирования государств-членов.

В ст.114(1) ДФЕС закреплён основной механизм сближения правовых и административных норм государств-членов, регулирующих создание и функционирование внутреннего рынка, согласно которому Совет ЕС и Европейский Парламент (ЕП) на основе данной статьи, служащей юридической базой, принимают квалифицированным большинством голосов в рамках обычной законодательной процедуры (ст.294 ДФЕС) обязывающие акты вторичного права ЕС для достижения целей ст.26 ДФЕС (то есть формирования и функционирования «внутреннего рынка»).

Последующие параграфы данной статьи посвящены изъятиям (и защитным оговоркам) из применения механизма гармонизации в пользу государств-членов и процедурным вопросам признания (или непризнания) их правомерными¹⁴.

Ст.114 (2) ДФЕС исключает из-под действия ст.114(1)ДФЕС положения о налогообложении, свободном движении лиц и о правах и интересах трудящихся¹⁵.

Согласно ст.114(3) ДФЕС Европейская Комиссия (КОМ) в своих предложениях о гармонизирующих мерах, касающихся

здравоохранения, безопасности, охраны окружающей среды и защиты прав потребителей, руководствуется критерием обеспечения более высокой степени защиты и учитывает новейшие научные достижения в перечисленных сферах¹⁶.

В ст.114 (4 и 5) речь идёт о том, что уже после принятия гармонизационного акта на уровне ЕС государства-члены компетентны сохранять действующие (пар.4) и вводить новые национальные нормы (пар.5) в области свободного движения товаров (согласно изъятию ст.36 ДФЕС (ст.114(4) ДФЕС), а также экологии и производственной среды, руководствуясь новыми научными данными и специфическими проблемами соответствующего государства-члена (ст.114(5)). Столь жёсткие ограничения усмотрения государств-членов согласно ст.114(5) ДФЕС продиктованы опасением ЕС, что введение новых национальных норм будет представлять более серьёзную опасность для функционирования «внутреннего рынка», нежели сохранение уже существующих¹⁷. Наконец, в ст.114(10) ДФЕС предусматривает возможность включения в гармонизирующий акт «защитные оговорки» в пользу государств-членов, позволяющие им принимать временные меры внеэкономического характера, как то предусмотрено ст.36 ДФЕС (о свободе движения товаров)¹⁸.

Таким образом, формирование и функционирование внутреннего рынка на основе ст.114 ДФЕС путем гармонизации соответствующего законодательства государств-членов можно охарактеризовать следующим образом:

- ст.114 ДФЕС наделяет ЕС не общей, а приданной компетенцией¹⁹. По своей природе она является функциональной, что позволяет осуществлять гармонизацию национальных правовых и административных норм, касающихся внутреннего рынка, путем принятия актов вторичного права ЕС, при условии, что это ведет к улучшению функционирования внутреннего рынка в смысле ст.26 ДФЕС.

- механизм гармонизации служит устранение, во-первых, препятствий свободной трансграничной торговле между государствами-членами, в первую очередь, в области товаров и услуг, и во-вторых, нарушений добросовестной конкуренции. В обоих случаях имеется в виду, что препятствия осуществлению свобод и нарушения добросовестной конкуренции альтернативны друг другу, реальны и существенны, а потому оказывают прямое (отрицательное) влияние на функционирование внутреннего рынка²⁰. При этом речь идет об устранении

не только существующих, но и возможных будущих препятствиях взаимной торговле товарами и услугами между государствами-членами (превентивная гармонизация)²¹.

– осуществление процесса «становления и функционирования внутреннего рынка» на основе принципа «минимальной гармонизации», согласно которому ЕС устанавливает «минимальные стандарты» посредством своих гармонизирующих актов, оставляя государствам-членам право предъявлять более строгие требования к отечественным товарам и услугам по сравнению с уровнем, закрепленном в соответствующем акте ЕС, и товарами и услугами, импортируемыми из других стран ЕС²², требования к которым в свою очередь должны быть не ниже указанных в гармонизирующем акте. В остальном же реализация основных (экономических) свобод ЕС должна гарантироваться согласно принципу «взаимного признания» (доверия), действие которого среди прочего может быть ограничено применением принципов субсидиарности и пропорциональности²³.

Итак, область применения ст. 114 ДФЕС, учитывая её функциональную природу, определяется критериями реализации поставленной цели, а именно – «формирование и функционирование внутреннего рынка» посредством осуществления свобод ЕС и устранения препятствий добросовестной конкуренции. А ориентировка на достижение поставленной цели всегда имеет тенденцию к расширению компетенции, и Суд ЕС во многом способствовал в этом в своей практике²⁴.

Однако своё преимущественное применение ст. 114 ДФЕС находит в сфере свободы движения товаров²⁵. И здесь возникает проблема национальных различий в регулировании и требованиях, предъявляемых к техническим стандартам, что служит существенным препятствием взаимной торговле товарами между государствами-членами.

Технические стандарты. Первоначально вплоть до середины 1980-х гг. Комиссия пыталась заменить в законодательном порядке национальные стандарты на «европейские» (или на эквивалентные им) и на основании «принципа взаимного признания» инспекций государств-членов контролировать этот процесс²⁶. Но процесс появления новых видов товарной продукции значительно опережал возможности их единообразного регулирования на «европейском уровне». И потому ЕС вынужден был отказаться от унифицированного подхода к решению данной проблемы. И государствам-членам была предоставлена свобода осуществлять стандартизацию в соответствии со своими

традициями и предпочтениями. Всё это вылилось, в конечном счёте, в соблюдение требований безопасности и здравоохранения в ущерб роли стандартов качества, которые не подлежали гармонизации²⁷. И в отношении их ЕС ограничился лишь информированием потребителей. Фактически ЕС отказался от законодательного регулирования технических стандартов, и они были отданы на откуп специализированным агентствам по стандартизации²⁸. Принятие «европейских стандартов» стало добровольным.

Соответствие качества национальных товаров «европейскому качеству» гарантирует знак СЕ (от французского *Communaute' Europe'enne*). Этот знак присваивает производитель по согласованию с соответствующим агентством, которое со своей стороны подлежит государственному контролю. И он служит как бы «паспортом» для свободного обращения на всей территории ЕС²⁹.

Развитие и изменение «европейских норм» осуществляется Европейским Институтом Стандартов (CEN) в Брюсселе, представляющим собой объединение национальных институтов стандартов. Он тесно сотрудничает с государствами-членами и Европейской Комиссией, которая принимает окончательное решение. Европейские технические нормы (их немало) призваны защищать от протекционизма национальных норм и облегчать внедрение «европейских стандартов». Для обеспечения свободного движения товаров на европейском «внутреннем рынке» одобряется «упрощенное признание» национальных решений о разрешении допуска одних государств-членов на рынки других государств-членов. С целью обеспечения необходимого акцента подобных решений в соответствующих национальных процедурах участвуют другие государства-члены, а в случае конфликтных ситуаций даже Комиссия. Более того, разработана внесудебная процедура решения проблем, связанных с недолжным применением государствами-членами правового регулирования «внутреннего рынка» – «SOLVIT». Центры, применяющие эту процедуру, расположены во всех государствах-членах. Они являются частью национальных властных структур и позволяют улаживать трансграничные споры между гражданами и компаниями одного государства-члена и национальными властями другого государства-члена по широкому кругу вопросов, в частности, касающихся доступа товаров и услуг на рынок, признания профессиональных квалификаций, государственных заказов и т.д.³⁰

Другие статьи ДФЕС, наделяющие Европейский союз компетенцией по формированию внутреннего рынка

Ст. 115 ДФЕС имеет значение только в отношении исключений, упомянутых в ст. 114(2) ДФЕС), то есть (прямого) налогообложения и прав трудящихся, но только для случаев, когда эти сферы не регулируются специальными компетенциями. В качестве допустимых мер возможно лишь принятие директив путем единогласного решения Совета после консультаций с ЕП. Применение данной статьи крайне ограничено.

Ст. 116 ДФЕС, ст. 117 ДФЕС направлены на устранение различий в национальных правовых порядках, нарушающих конкуренцию на внутреннем рынке. Практические трудности, возникающие при определении таких нарушений, делают эту компетенцию «мёртвой буквой»³¹.

Ст. 118 ДФЕС содержит компетенцию, направленную на разработку единого механизма защиты интеллектуальной собственности в рамках формирования или функционирования внутреннего рынка. Эта статья впервые предусматривает гармонизацию прав интеллектуальной собственности, включая и решение языковых проблем, а также создание специальной судебной инстанции по возникающим в этой области спорам. Как будет реализоваться эта компетенция, покажет будущее.

Резюмируя сказанное выше о формировании внутреннего рынка ЕС, можно с определенными оговорками обратиться к опыту регулирования внутреннего рынка США. Действительно, аналогия здесь очевидна. Каждый штат США имеет собственное экономическое законодательство. А споры, возникающие в процессе торговли между штатами, решаются на федеральном уровне путем вмешательства Верховного Федерального Суда, подобно тому, как в ЕС конфликты трансграничной торговли между государствами-членами подлежат юрисдикции Суда ЕС. В США правовым инструментом, обеспечивающим свободу торговли между штатами, служит так называемая «торговая (коммерческая) оговорка», во многом схожая по смыслу и содержанию с принципом «взаимного признания» ЕС³².

И хотя цель «торговой оговорки» устранить дискриминацию в торговле между штатами (то есть экономический протекционизм), что соответствует понятию «отрицательной интеграции» в ЕС, сходство (по крайней мере, внешнее) между механизмами формирования внутреннего рынка США и ЕС – налицо. Однако если в США интеграция (федерального) внутреннего рынка достигла точки невозврата,

то в ЕС она далеко не завершена. И это обстоятельство вызвало к жизни 3 взаимосвязанные интеграционные модели внутреннего рынка ЕС:

- централизованную
- конкурентную
- децентрализованную (в условиях недискриминации).

Суть централизованной модели заключается в политическом контроле над экономической сферой на уровне ЕС, что на практике ведет к кумулятивному применению негативной (отрицательной) и позитивной (положительной) интеграции. К преимуществам этой модели следует отнести регулирование на уровне ЕС, стимулирующее развитие основных (экономических) свобод ЕС. Но в настоящее время государства-члены не готовы полностью отказаться от контроля над собственной экономикой в пользу единообразного «европейского» регулирования, а также от своих традиций ведения национального народного хозяйства. Более того, единообразное регулирование может привести, как показал валютно-финансовый кризис, к наделению преимуществами (политическими и экономическими) одних государств-членов в ущерб другим.

Для конкурентной модели в смысле ЕС, которая зиждется на ордо-либеральной модели рыночной экономики и свободной конкуренции, характерно применение принципов «взаимного признания» и «минимальной гармонизации». Эти принципы призваны способствовать в конечном счёте дерегулированию и свободе торговли. Конкурентная модель с её ордо-(нео)) либеральным видением европейской экономики позволяет рыночным силам регулировать процесс интеграции в условиях применения конкурирующих национальных норм. Данная модель, являясь наиболее предпочтительной с точки зрения формирования и функционирования (европейского) внутреннего рынка, также встречает сопротивление со стороны государств-членов с укоренившимися традициями (государственного) регулирования экономики.

В децентрализованной модели государства-члены сохраняют свои регулирующие компетенции, но реализуют их без дискриминации лиц (в широком смысле слова, то есть физических и юридических лиц), товаров и услуг из других государств-членов. И это в значительной мере сближает данную модель с конкурентной. Но если в конкурентной модели рыночные силы и факторы производства играют решающую роль в определении уровня регулирования рынка, то в децентрализованной модели выбор механизмов регулирования зависит главным

образом от политического давления посредством голосования в парламентах, лоббирования и выбора юрисдикций на действия государства-члена в экономической сфере. Кроме того. В конкурентной модели допускается дискриминация государствами-членами собственных граждан по сравнению с гражданами других государств-членов. А в децентрализованной модели, наоборот, государства-члены могут использовать свой суверенитет в ряде случаев, предоставляя преимущества собственным гражданам в ущерб гражданам других государств-членов.

Практика применения права ЕС в рассматриваемой сфере свидетельствует о том, что все 3 модели играли и продолжают играть свою роль в формировании внутреннего рынка ЕС. Это особенно хорошо видно, как будет показано ниже, на примере доступа к рынку (в первую очередь товаров, лиц, в меньшей степени – услуг) государств-членов и их дальнейшему регулированию в условиях национальных рынков. Доступ к рынку регулируется, как общее правило, на основании принципа «взаимного признания» (станы происхождения) (конкурентная модель) в интересах формирования внутреннего рынка. А дальнейший оборот товаров, лиц, услуг и т.д. одних государств-членов на территории других государств-членов подлежит национальному регулированию государства-члена приема в интересах сохранения правовой стабильности (децентрализованная модель). В то же время Суд ЕС использует принципы субсидиарности и пропорциональности, призванные служить интересам применения права государств-членов, по большей части, как инструменты экспансии права ЕС (централизованная модель)³³.

Настоящее и будущее внутреннего рынка

В 2012 г. исполнилось 20 лет с начала формирования (общеевропейского) внутреннего рынка в рамках ЕС. Благодаря усилиям, принятым ЕС с этой целью, было создано около 3 млн. новых рабочих мест, а для 23 млн. компаний государств-членов «внутренний рынок» открыл доступ к 500 млн. потребителей. Так что в целом, процесс формирования «внутреннего рынка» ЕС способствовал экономическому росту и предоставил новые возможности для граждан государств-членов, которых у них прежде не было. Однако этот процесс не завершен и вряд ли будет завершен в обозримом будущем, учитывая, не в последнюю очередь, сложившиеся веками национальные традиции правового регулирования экономики государств-членов.

С 1993 г., то есть с момента формально установленной «Планом Делора» отправной точки функционирования «внутреннего рынка» ЕС, Европейская Комиссия начинает внимательно следить за его становлением и разрабатывает кратко- и среднесрочные стратегии его развития³⁴.

Но в 2008 г. разражается мировой экономический и валютно-финансовый кризис, который стал, может быть, наиболее серьезным вызовом ЕС за всё время его существования. Он породил недоверие к самой идее создания (общеевропейского) внутреннего рынка, как инструмента реализации долгосрочной цели Союза – создания конкурентоспособной социально ориентированной рыночной экономики, взаимодополняемости внешней и внутренней политик в интересах стимулирования устойчивого роста. В результате кризиса общественное мнение стало рассматривать «внутренний рынок», как неэффективный, ведущий к неравенству и перераспределению ресурсов в пользу финансового сектора, вклад которого в развитие реального сектора экономики представлялся сомнительным³⁵. Сложившаяся «взрывоопасная» ситуация требовала принятия срочных мер со стороны Брюсселя для укрепления доверия граждан и бизнеса государств-членов к «внутреннему рынку», как наиболее эффективному механизму осуществления их социально-экономических интересов.

В мае 2010 г. М. Монти, в недавнем прошлом член Европейской Комиссии и премьер министр Италии, представил по просьбе председателя Комиссии Ж.М. Баррозо 100-страничный доклад «О новой стратегии для «внутреннего рынка»³⁶. В том же 2010 г. Европейский Парламент (ЕП), со своей стороны, также подготовил свой доклад «Внутренний рынок для потребителей»³⁷. Эти два документа легли в основу Сообщения Европейской Комиссии «Внутренний Рынок (I). Двенадцать инструментов для стимулирования (экономического) роста и укрепления доверия. Сотрудничество в интересах нового роста»³⁸. Но Совет и ЕП вплоть до самого последнего времени не смогли согласовать между собой предложенные Комиссией меры. И в 2012 г. Комиссия подготовила дополнительные предложения к документу «Внутренний рынок-I» под названием «Внутренний рынок-II»³⁹.

В этом последнем документе подчеркивается, что основные усилия по созданию реального «внутреннего рынка» следует сосредоточить на следующих ключевых направлениях:

– развитие полностью интегрированных сетей;

- стимулирование трансграничной стабильности граждан и бизнеса;
- поддержка экономики цифровых (инновационных) технологий на всей территории ЕС;
- усиление социального предпринимательства, единства и укрепление доверия потребителей.

В рамках указанных выше 4-х «ключевых» направлений Комиссия, как и в документе «Внутренний рынок-I», предлагает предпринять 12 «приоритетных действий», которые по её мнению должны внести решающий вклад в экономический рост, увеличение занятости и укрепление доверия к «внутреннему рынку»⁴⁰.

Под развитием (полностью) интегрированных сетей Комиссия имеет в виду формирование в интересах граждан и бизнеса единого транспортного и единого энергетического рынков в ЕС. И видит в этих инфраструктурных элементах основу экономического роста и необходимое условие для воплощения идеи «внутреннего рынка» в реальность.

Трансграничная мобильность граждан и бизнеса составляют суть «внутреннего рынка», поскольку это позволяет бороться с безработицей и улучшает деловой климат в ЕС посредством устранения барьеров, связанных с чрезмерным правовым и административным регулированием социально-экономических отношений на национальном уровне. А это в свою очередь должно стимулировать долгосрочные инвестиции в реальную экономику и доступ к долгосрочным инвестиционным фондам. Комиссия подчёркивает исключительно важную роль «венчурного капитала», особенно в том, что касается мелкого и среднего бизнеса, модернизации регулирования банкротств, чтобы дать дополнительный шанс на «выживание» предпринимателям⁴¹. Кроме того, большое внимание уделяется и вложениям в нематериальные фонды, такие как стимулирующие научные исследования, патенты, «ноу хау» на уровне ЕС⁴².

Экономика цифровых технологий должна благодаря интернету кардинально изменить экономику «внутреннего рынка» и поднять его интеграцию на принципиально новый, более высокий уровень⁴³. По мнению Комиссии, экономика цифровых технологий открывает большие возможности для непосредственного участия граждан и бизнеса в формировании «цифрового внутреннего рынка». И здесь существенная роль отводится регулированию услуг, включая регулирование

телекоммуникационных услуг, авторского права, госзаказов, электронных платежей и т.д. В целом, усилия Комиссии здесь направлены на увеличение эффективности услуг и устранения фрагментарности в этой сфере. В частности, Комиссия разработала «план действий», направленный на более эффективное использование основополагающей директивы 2006/123 об услугах, как основного инструмента формирования «внутреннего рынка услуг»⁴⁴.

Социальное предпринимательство, единение и доверие потребителей к «внутреннему рынку» должны обеспечить вовлечение граждан и бизнеса в становление и функционирование «внутреннего рынка». Что касается потребителей, то Комиссия предлагает пакет мер правового и рекомендательного порядка, которые в рамках «внутреннего рынка» должны обеспечить лучшую защиту их здоровья, безопасность, объективную информацию о товарах и услугах. Не менее важное значение Комиссия придает и социальному предпринимательству, в котором видит эффективный инструмент, цель которого завоевать доверие к «внутреннему рынку» со стороны широких слоёв населения, включая и людей с ограниченными возможностями путём вовлечения их в активные общественные отношения. Кризис привел к тому, что средний уровень безработицы в ЕС на середину 2012 г. достиг 10,4%, не говоря уже о ряде государств-членов, таких, как Испания и Греция, где безработица составляет 25% активного населения. Более того. Почти 81 млн. европейских граждан живут из-за кризиса за чертой бедности⁴⁵. И потому социальная экономика и предпринимательство в социальной сфере приобретают принципиально важное значение. В настоящих условиях их роль в разработке социальных новшеств, вовлечения населения в общественную жизнь и в доверии к «внутреннему рынку», функционирующему на основе социальной рыночной экономики, трудно переоценить. Доверие важно и для потребителей с точки зрения максимального использования возможностей «внутреннего рынка», который значительно расширяет диапазон предоставляемых гражданам государств-членов товаров и услуг на всей территории ЕС. И здесь особо хотелось бы отметить предложения Комиссии, касающиеся единообразного регулирования пенсионного обеспечения и возврата к, казалось бы, окончательно забытой практике последней четверти прошлого века – участия трудящихся в акционерном капитале предприятий (и соответственно в их управлении).

Оценивая приведенные выше предложения Комиссии по дальнейшему становлению и функционированию «внутреннего рынка» в целом, следует отметить, прежде всего, что они идут в русле экономической стратегии ЕС «Европа 2020», которая призвана помочь Европейскому Союзу преодолеть последствия кризиса, приостановить превращение ЕС во второразрядного участника нового глобального мирового порядка и достичь стабильного будущего, обеспечивающего дальнейшее устойчивое развитие⁴⁶.

И эффективно функционирующий «внутренний рынок» рассматривается, как одно из основных средств преодоления трудностей, возникающих на пути достижения этих целей. Однако в настоящее время характерной чертой «внутреннего рынка» является фрагментарность его регулирования и приверженность ЕС социальной рыночной экономике.

И именно фрагментарность регулирования «внутреннего рынка» оказывает помимо прочего отрицательное влияние на функционирование экономического и валютного союза (ЭВС)⁴⁷.

А социальная рыночная экономика приходит в прямое противоречие с максимальной либерализацией рынка и минимизацией вмешательства государства в экономику. Наиболее ярким примером такого подхода служит, как отмечалось выше, англосаксонская экономическая модель, которая резко контрастирует с моделью капитализма наиболее развитых государств – членов ЕС, таких как Германия и Франция, особенно в том, что касается социальной сферы⁴⁸. Кроме того, социальные вопросы входят по преимуществу в компетенцию государств-членов.

И потому Комиссия в интересах сохранения доверия к «внутреннему рынку» и создания высоко конкурентной социальной рыночной экономики призывает государства-члены тесно сотрудничать с институтами ЕС.⁴⁹ И в свою очередь обращается к Совету ЕС и ЕП, учитывая серьёзность сложившейся ситуации для ЕС, принять соответствующие акты на основе её предложений к весне 2014 г.⁵⁰ В том же ключе в ЕС стремятся решить проблему эффективности ЭВС, в частности, путём наделения компетенцией ЕЦБ контролировать с 2014 г. банковские системы государств-членов, входящих в «зону евро».

Legal Regulation of European Internal Market (Summary)

*Yuri M. Yumashev**

In this article the author examines in consecutive order the evolution of the concept “European internal market” (from “common market” to “European internal market”), the legal basis of its regulation, methods of its formation (by so called “negative” and “positive” integration) and the framework of its functioning. For this aim it is compared with a regulation of the US internal market. This comparative analysis helps to reveal difficulties in the development of European internal market and its fragmentary character arising from multitudinous problems (for instance, the problem of the EU-standards for goods quality) and the resistance of member-states. At the same time the author analyses in detail the provisions of the Treaty on the functioning of the EU which regulate the division of powers between the EU and member- states in this field. Finally, in the end the article deals with Monti’s Report which has been prepared on request of the Commission and is devoted to the solution of the EU internal market problems as well as the proposals of the Commission (based on the conclusions of Monti’s Report) on the creation of the socially and technologically orientated internal market. The proposals should be finally formulated till the spring 2014. One of the main aims is to restore confidence of the member-states’ citizens in the EU lost because of the endless financial and economic crisis in Europe.

Keywords: European internal market; methods of negative and positive integration; White Book of 1985; Single European Act of 1986; M. Monti report on the new strategy for European internal market; Proposals of the Commission “European internal market I”; “European internal market II”.

* Yuri M. Yumashev – Doctor of Laws, professor, Head of the Department of International Law of the National Research University “Higher School of Economics”.

¹ Предтечей понятия «внутренний рынок» в «Римском договоре о ЕЭС» 1957 г. служил термин «общий рынок». Но уже в последующих редакциях учредительных договоров, в частности, в Маастрихтском (1992 г), Амстердамском (1997г), Ниццком (2001 г.) договорах и в актах вторичного права ЕС упоминаются оба термина. Они тесно между собой связаны и по смыслу, и по целевому назначению. И потому их можно рассматривать как синонимы. В конечном счете, в Лиссабонском договоре (2007 г.) термин «внутренний рынок» был закреплён в качестве единственного.

² См. решение Суда ЕС по делу 15/81 G.Schul, n.33 (1982).

³ См. Completing the Internal market, COM (85) 310, nn.11-14, 57 ff., 14.06.1985. Идея создания общеевропейского внутреннего рынка принадлежит тогдашнему председателю Европейской комиссии (с 1985 по 1994 гг.) Ж. Делору. Считается, что именно эта «великая идея» позволила ЕС обрести «второе дыхание» и что единый внутренний рынок необходим для дальнейшего создания политического союза. Подробнее см. Ч. Грант, «Делор. Добро пожаловать в дом, который построил Жак», М., 2002, стр.104 и сл.

⁴ Тем не менее, к указанному сроку 95% директив было инкорпорировано в национальное законодательство государств-членов. Практика, однако, показала, что процесс формирования (европейского) внутреннего рынка лишь в начале пути.

⁵ Цитируется по русскоязычному тексту ЕЕА, опубликованному в М. Хиршлер, Б. Циммерман, «Западноевропейские интеграционные объединения», М. 1987, стр.339.

⁶ Лишь в п.1 ст. 26 ДФЕС отсутствует конкретика, зафиксированная в п. 1 ст.14 Договора о Европейском Сообществе и касающаяся свободы движения некоторых аспектов свободы движения товаров, самостоятельной профессиональной деятельности, свободы предоставления услуг, косвенного налогообложения и транспорта: «Сообщество принимает меры для постепенного создания внутреннего рынка к 31 декабря 1992 г. в соответствии с положениями данной статьи, а также статей 15 (ныне ст.27 ДФЕС), ст.26 (ныне ст.31 ДФЕС), ст.47(2)(ныне ст.53(2) ДФЕС), ст.49 (ныне ст.56 ДФЕС), ст.80 (ныне ст. 100 ДФЕС), ст.93 (ныне ст.113 ДФЕС) и ст.95 (ныне ст.114 ДФЕС) и без ущерба для других положений настоящего Договора». Ст.26(1) ДФЕС звучит: «Союз принимает меры для создания и гарантий функционирования внутреннего рынка согласно соответствующим нормам Договоров». Более общая формулировка ст.26(1) ДФЕС не меняет её смысла и содержания по сравнению со ст.14(1) Договора о Европейском Сообществе.

⁷ Следует отметить, что под действие права ЕС подпадает только понятие «добросовестной конкуренции». «Недобросовестная конкуренция», подлежащая регулированию в ряде государств-членов, под действие права ЕС не подпадает. О понятии «недобросовестная конкуренция» см., например, R.Houin, R.Pedamon, “Droit commercial”, Dalloz, P.1980, p.417 ff.

⁸ Это прямо вытекает из выражения «без внутренних границ» и отражает интеграционно-политические аспекты целей создания (общеевропейского) единого внутреннего рынка.

⁹ Наглядным примером может служить решение Суда ЕС по делу 120/ 78 Cassis de Dijon (1979), в котором Суд ЕС с одной стороны, формулирует общий принцип «взаимного признания» (страны происхождения), стимулирующий формирование «внутреннего рынка», а с другой – «принцип «императивных требований», допускающих применение права государств-членов при определенных условиях. Причём список этих требований

не носит исчерпывающего характера. Подробнее об этом решении см. в разделе, посвященном «свободе движения товаров».

¹⁰ Это включает и обязанность толковать право ЕС, касающееся формирования и функционирования внутреннего рынка. Законодательская деятельность органов ЕС по формированию «внутреннего рынка» в принципе не имеет прямого действия за исключением случаев, когда право ЕС (первичное и вторичное) наделяет индивидов (физических и юридических лиц субъективными правами).

¹¹ Особенно это касается при определенных условиях здравоохранения, экологии, защиты прав потребителей (ст.114(3) ДФЕС).

¹² Принцип «взаимного признания», как один из основных инструментов становления «внутреннего рынка» может иметь и косвенное «положительное действие» в том смысле, что предоставляет государствам-членам возможность самостоятельно решать согласно принципу пропорциональности, отвечают ли стандарты их регулирования общегосударственным интересам, имеющим приоритетное значение, и не чревато ли их применение дискриминационными последствиями для реализации целей формируемого «внутреннего рынка».

¹³ Здесь необходимо коснуться вопроса о термине «гармонизация». Первоначально в Римском договоре о ЕЭС 1957 г. наряду с термином координация упоминались термины: сближение и гармонизация законодательств государств-членов. Термин «сближение» относился к нормам, непосредственно воздействующим на становление и функционирование «внутреннего (а на тот момент – «общего») рынка» в целом. Он и теперь закреплён в том же смысле в ст.ст.114 и 115 главы 3-ей «о сближении законодательств» раздела VII ДФЕС. Это понятие призвано служить эффективным средством реализации целей ЕС путем установления общего правового режима в отношениях между государствами-членами в наиболее важных секторах их экономики. «Сближение» законодательств – ступень, предшествующая унификации. Оно должно привести не к принятию идентично звучащих правовых норм, а к созданию национальных правовых систем, в которых содержание определенных областей права более или менее соответствуют друг другу. Термин «гармонизация» ранее упоминался только в отношении налогового права, сфере, исключительно важной для каждого государства-члена, а потому менее всего подверженного унификации. В наши дни в литературе, посвященной формированию и функционированию (единого европейского) «внутреннего рынка», эти термины применяются, однако, как синонимы. См., например, S. Weatheril, “Cases and Materials on EU Law”, Oxford, 2006, p.44; W. Schroeder, “Grundkurs Europarecht”, Muenchen, 2009, S.333; Th.Oppermann, Cl.-D. Classen, M. Nettesheim, “Europarecht”, Muenchen, 2011, S. 518. На русском языке о первоначальном соотношении этих терминов см., например, Ю.М. Юмашев, «Правовое регулирование прямых иностранных инвестиций в ЕЭС», М., 1989, стр. 55 и сл.

¹⁴ Следует отметить. Что такая юридическая техника – закрепление основного механизма регулирования с последующими исключениями из его действия – характерна для учредительных договоров ЕС.

¹⁵ Что касается налогообложения, то речь идёт о гармонизации косвенного налогообложения в интересах создания и функционирования внутреннего рынка согласно ст.113 ДФЕС на основе единогласного решения Совета ЕС. См. в этой связи, например, C-338/01 Commission v. Council, n.60,76 (2004). Свобода движения лиц также требует единогласия согласно ст.21(3) ДФЕС. А права и интересы трудящихся в смысле изъятия по ст.114(2) ДФЕС регулируются ст.ст.50 и 53 ДФЕС.

¹⁶ В отношении критерия высокой степени защиты (в данном случае здоровья) см. C-210/03 R. v. Secretary of State for Health, n.56, 58 (2004).

¹⁷ Примером таких ограничений может служить решение Суда 1-ой инстанции по делам T-366/03, T-235/04 Land Oberösterreich und Republik Österreich/ Commission (2005), в котором Суд отклонил иск австрийцев к Комиссии, которая отказалась одобрить введение ими своего нового закона о запрете генно-модифицированных организмов (ГМО) в обход уже действовавшей гармонизирующей Директивы Совета ЕС и ЕП 2001/18, которая регулировала эту проблему. Суд, опираясь на ст.114(5) ДФЕС (ex ст.95(5) Договора о Европейском Сообществе), мотивировал своё решение тем, что истец не представил доказательства новых научных данных, касающихся окружающей среды и призванных решать «специфические проблемы» данного государства-члена.

¹⁸ Эти меры, как и другие национальные меры, возможность применения которых предусмотрена ст.114 (4 и 5) ДФЕС, подлежат контролю со стороны ЕС. Процедура осуществления контроля регламентируется в ст.114 (6-9) ДФЕС.

¹⁹ Этого требует принцип «приданных (или уставных) компетенций», закрепленный в ст.7 ДФЕС, равно как и ограничительное толкование Судом ЕС понятия «становление и функционирование внутреннего рынка». См. C- 376/98 Germany v. EP and Council (Tobacco Advertising I), n.83 (2000).

²⁰ Соответственно, эти препятствия не должны носить несущественного или косвенного характера. См. C- 376/98 Germany v. EP and Council, nn. 84,95,111 (2000).

²¹ C- 58/08 Vodafone-02, nn.32-33 (2010). Однако очевидность этих будущих препятствий должна вытекать из существующей на данный момент ситуации, а принимаемая мера должна быть предназначена для их предупреждения.

²² См., например, 60/86 KOM v.UK n.12 (1988); C-11/92 Gallacher, n.63(1993); C- 376/98 Germany v. EP and Council, n.103 (2000); C-3/00 Denmark v.KOM, n.64 (2003).

²³ Особенности ограничительного действия этих принципов будут рассмотрены ниже при анализе каждой из экономических свобод ЕС.

²⁴ См. в этой связи, например, St. Weatherill, “The limits of legislative harmonization ten years after *Tobacco advertising*: how the Court’s case law has become a “drafting guide” in “German law journal” 2011, vol.12, № 3, p. 839 ets., где автор прямо отмечает, что хотя компетенция ЕС в принципе ограничена, на практике сфера её применения широка. И «экспансия» – её ключевая черта.

²⁵ См. А.Наратсч, Ch.Koenig, M. Pechstein, “Europarecht”, Tuebingen, 2010, S.619

²⁶ Кстати, с этой целью чиновники из Брюсселя приезжали в своё время в СССР, чтобы перенять опыт разработки наших ГОСТов.

²⁷ См., напр., Дир.2001/95 о гарантиях безопасности товаров.- О.Ж/ 2002, L. 011/4 Директива предусматривает систему быстрого оповещения между государствами-членами и КОМ на случай, если выявится, что товары представляют опасность для здоровья людей. – Решение КОМ 2010/15 – О.Ж. L/22/11.

²⁸ Этот подход получил название «нового подхода». Агентства могут быть частными, государственными или полугосударственными. Условия их аккредитации разные в разных государствах-членах. Правда ЕС предпринимает попытки гармонизации в данной сфере. См. Регламент 765/2008/ЕС о требованиях, предъявляемых к аккредитации и контролю за маркетингом. – О.Ж. 2008, L.218/30.

²⁹ Требования к качеству товаров, поставляемых через интернет (и связанной с этим ответственностью), не являются предметом гармонизации в смысле «внутреннего рынка».

³⁰ Тем не менее «протекционизм национальных стандартов» ещё очень существен. И это особенно отмечают английские авторы. См., например, D.Chalmers et.al. “European Union Law”, Cambridge, 2010, p.696 ff.; A.C.Barnard в монографии “The substantive law of the EU. Four Freedoms”, Oxford, 2004, p.523 прямо отмечает, что знак CE отнюдь не гарантирует качества.

³¹ С 1958 г. на основе этих статей (ex. ст., ст. 96, 97 Договора о Европейском Сообществе) не было принято ни одной директивы. – Th. Oppermann et al., op.cit., S.524

³² Детальный сравнительный анализ понятия «торговой оговорки» и практику Верховного Суда США и Суда ЕС в этой связи см. M.P.Maduro, “We, the Court”, Oxford, 1998, p.90 ff.

³³ См. St. Weatherill, op.cit., p.843 ff.

³⁴ Так, последовательно были разработаны «стратегии становления «внутреннего рынка» 2000 -2004 гг., 2003-2006 гг., 2007. См., напр., COM (2002) 419 (par.3) on the application of the principle of mutual recognition in the single market; COM (2007) 727 final.

³⁵ См. House of Lords European Union Committee, 15-th Report of Session 2010-2011, “Re-launching the Single Market”, HL Paper 129, April 2011 (n.25).

³⁶ См. M.Monti, “A New Strategy for the Single Market” – Report to the President of the European Commission”, 9 May 2010. В своём обращении к М. Монти Ж. М. Баррозо назвал «внутренний рынок» ЕС – «краеугольным камнем интеграции и устойчивого роста».

³⁷ См. “Delivering a single market to consumers and citizens” (Grech Report), A7 – 0132/2010.

³⁸ См. European Commission Communication: “Single Market Act. Twelve Levers to Boost Growth and Strengthen Confidence. Working Together to Create New Growth”, COM (2011) 206 Final, April 2011.

³⁹ См. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions: “Single Market Act II. Together for a New Growth” – COM (2012) 573 final, 3 October 2012.

⁴⁰ Эти «приоритетные действия» перечислены в Приложении №1 к документу «Внутренний рынок – II» См. ANNEX I: List of Single Market Act II Key Actions.

⁴¹ Любопытно, что в данном случае ЕС следует примеру США, которые ещё в 1970-1980-е гг. видели в наличии «гена выживания» у американских предпринимателей, сформированного с помощью подобных правовых регуляторов бизнеса, выгодное отличие американского капитализма от европейского.

⁴² В частности, ЕС стоит на пороге решения «застаревшей» проблемы разработки единого «европейского патента» и создания единой судебной инстанции для защиты прав его обладателей. В этом же аспекте сформулирована ст.118 ДФЕС, рассмотренная выше.

⁴³ По некоторым подсчётам рост ВВП ряда ведущих отраслей уже на 20% формируется за счёт интернета. – Цит. по “Single Market –II”, p.12.

⁴⁴ В 2013 г. Комиссия предполагает опубликовать доклад о прогрессе применения директивы 2006/123 в контексте своего Аналитического обзора, посвященного экономическому росту.

⁴⁵ Цит.по “Single Market Act-II”, op.cit., p.15.

⁴⁶ См. Communication from the Commission “Europe 2020. A Strategy for smart, sustainable and inclusive Growth” – COM (2010) 2020, Brussels, 03.03.2010. В этом документе Комиссия среди прочего намечает достижение к 2020 г. следующих 5-ти целей: увеличение занятости, активное стимулирование научных исследований и инноваций, борьба с изменением климата, использование возобновляемых источников энергии, образование и борьба с бедностью.

⁴⁷ Это отмечает и М. Монти в своём докладе. См. М. Monti “A new strategy for a Single Market” *op.cit.*, p.107.

⁴⁸ Кроме того, экономическая сфера услуг в Англии гораздо выше, чем в государствах – членах ЕС континентальной Европы. И Англия очень заинтересована в более эффективном применении Директивы 2006/123 об услугах. См. House of Lords European Union Committee, “Re-Launching the Single Market”, *op.cit.*, p.20 *ets.*

⁴⁹ В этой связи несомненный интерес представляет позиция Англии в отношении трансграничных социальных последствий, вызываемых либерализацией национального экономического законодательства. По мнению Комитета по связям с ЕС Палаты Лордов меры ЕС в рамках «внутреннего рынка» являются наиболее эффективным средством по устранению отрицательного воздействия либерализации экономики на социальную сферу. См. House of Lords EU Committee, *op.cit.*, p.24 (n.69).

⁵⁰ См. COM (2012) 573 final, p.17.

Функции консульских учреждений по защите юридических лиц за границей

*Алиев Х.М.**

Статья состоит из трех связующих частей. В первой части повествуется об истории и правовых основах консульских функций, касающихся защиты предпринимателей. Некоторое внимание уделяется деятельности почетных консулов. Во второй части особое внимание уделено роли торговых представителей. А последняя часть – о существующих планах определенных кругов на Западе и в России изменить проверенный историей баланс между функциями дипломатических, консульских и торговых представительств на том основании, что это будет выгодно для частного предпринимательства. Автор не согласен с этой позицией.

Ключевые слова: консульство; консул; предприниматели; почетный консул; торговые представители; частное предприятие

Если исходить из одного из главных источников консульского права, в частности, из Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года, то там конкретно нет ничего, касающегося взаимных отношений консульского учреждения и предпринимателей вообще. Термин «предприниматель» имел хождение на Западе, однако в СССР и в Китае и в государствах, недавно освободившихся от колониального господства, он еще не был в широком ходу.

Если же внимательно прочитать статью 5 упомянутой Конвенции – консульские функции, то ей вполне можно дать нужное в нашем

* Алиев Хаял Мубариз оглы – аспирант кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. aliyev.xeyal@mail.ru

исследовании толкование. Уже первый пункт «а» этой статьи сообщает, что консульские функции включают в себя обязанность консульского учреждения «защищать в государстве пребывания интересы представляемого государства и его граждан (физических и юридических лиц) в пределах, допускаемых международным правом». А кто такой предприниматель? Это и есть физическое или юридическое лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью. Следующий пункт «б» статьи 5 предписывает консулу «содействие развитию торговых, экономических, культурных и научных связей между представляемым государством и государством пребывания...». Как видим, речь здесь идет о сферах деятельности, в которых как раз и задействованы предприниматели.

Получается таким образом, что нет, вроде как, предмета для спора, поскольку нет правовой нормы, воспрещающей консульскому должностному лицу¹ заниматься оказанием помощи или предоставлением консульской защиты лицам, занятым в частном бизнесе. Но во всем этом всегда был и есть очень существенный нюанс. Дело в том, что с момента появления в Древней Греции (примерно в V веке до н.э.) лиц, избираемых греческими гражданами, живущими за рубежом, опытных и знающих (проксенов), которые могли бы оказать им защиту и помощь в возникающих спорах и конфликтах, считалось, что содействие таких лиц любым коммерческим операциям является обычным делом. Проходили века, и никто не ставил под сомнение обязанность «своих» должностных лиц, направленных на работу за границу, оказывать коммерсантам всестороннюю помощь.

Однако к XIX веку прогресс мировой и деловой цивилизации, а также развитие капиталистической формации, очень изменили характер общественных отношений. Консульские функции существенно усложнились и в своем существе изменились. Вызвано это было во многом тем, что изменилась роль государства. В предшествующие века государство представляло преимущественно интересы феодально-монархической верхушки общества, и обреталось оно, в лице своих чиновников, там же – вверху общественной надстройки. А консулы занимались, скажем так, черновой работой внизу, оказывая поддержку тем, кто создавал материальную основу надстройки. С приходом во власть буржуазии изменился общественный характер государства. Оно «опустилось» к земным делам, втянулось в экономику, стало помогать процессам буржуазной интеграции и деловому сотрудничеству.

И тут обнаружили многие факты, явления и обстоятельства, связанные с работой консулов. Обнаружились они особенно ярко в США, в государстве, где капиталистические отношения развивались наиболее бурно. Государственный секретарь США Э. Ливингстон в столь далеком от нас 1833 году отмечал в сенате, что «существовавшая система оплаты консульских услуг приводила к ссорам между владельцами судов и консулами, наносила ущерб репутации США и приводила к тому, что он действует, прежде всего, в своих собственных интересах, а не в соответствии со своими обязанностями»². Ливингстон предложил внести изменения в национальное законодательство, по крайней мере, уточнить порядок и ставки за консульское содействие и услуги. Сенаторы согласились, но реально ничего делать не стали.

В то же время заметно возрастало число случаев и дел, по которым требовалась помощь консула. Соответственно росли ставки за консульские услуги. И вот наступил момент, когда, как отмечал в своем докладе консульский инспектор Рандольф в 1882 году, американский консул в Лондоне зарабатывал больше, чем Президент США. Причем, по его словам, дело не ограничивалось Лондоном. Рандольф привел множество фактов консульской коррупции, взяточничества и весьма низкой квалификации работников консульской службы³.

Поскольку немногим было лучше положение в других государствах, в основном, в европейских, с середины XIX века пошла полоса принятия законов, по которым в консульских вопросах приоритет отдавался штатным, т.е. государственным, консулам, определялись меры по повышению их профессионального уровня и нравственных качеств. С того же времени укрепилась практика, согласно которой в крупные городские мегаполисы стали назначаться только штатные консулы, а в регионы – почетные. Тогда же консулов перестали числить в качестве торговых агентов, хотя в ряде случаев (в той же Австрии с 1848 г.) их ввели в штат министерства торговли.

И опять-таки, тогда стало набирать силу новое движение: крупные корпорации и торговые фирмы стали организовывать за рубежом собственные представительства. Но даже в этом случае в силу усиления деловой конкуренции корпорациям и фирмам нельзя было обойтись без правового и политического содействия консула. Это объяснялось не только обострением конкуренции, но и тем, что множилось число заключаемых международных договоров, уследить за которыми и понять их, торговым агентам было очень трудно. А тут еще пошла

практика включать в международные договоры положения о режиме наибольшего благоприятствования. Это были положения, по которым стороны предоставляли друг другу тот лучший режим, который получала третья сторона в сношениях с участником этого международного договора. Иначе говоря, корпорация государства «А» поставляла по договору свои товары в корпорацию государства «Б» на определенных условиях. В какой-то момент последняя заключила договор с контрагентом в государстве «В» на более благоприятных условиях. В соответствии с режимом наибольшего благоприятствования такие же условия должна была получить корпорация государства «А». Однако со всем этим нужно было уметь разобраться и использовать ситуацию к своей выгоде.

Лучше, конечно, в этих делах разберется консул, в функции которого входит наблюдение за соблюдением международных договоров, обязанность не допускать дискриминации фирм представляемого государства, предотвращать ущерб, который у этих фирм мог бы возникнуть.

Дела внешние – это зона для предпринимателей довольно опасная, поскольку она сильно политизирована, связана с внутренней политикой иностранного государства. И явление это совсем не новое. Еще в начале XX века профессор Франц Лист отмечал, что «консулы являются постоянными представителями назначающего их государства в его хозяйственных и особенно торгово-политических отношениях к государству, в которое они назначаются»⁴.

Консул в иностранном государстве ценен предпринимателю именно тем, что он осведомлен о политической конъюнктуре в данном государстве. Без знания этой конъюнктуры предпринимателю вряд ли можно и нужно рисковать излишней вовлеченностью в экономическую сферу иностранного государства, заключать договоры с контрагентами по вопросам инвестиций, покупки собственности, размещения вкладов, идти на спекуляции с валютой, драгметаллами и т.п. В период Франца Листа все это было еще относительно просто, поскольку проще была экономика и политика. Сейчас в обеих этих сферах сложностей прибавилось настолько много, что с ними разбираются многочисленные институты, но и те не всегда могут дать правильный прогноз. Дела европейские как в России, так и в странах СНГ все это очень хорошо подтверждают.

Не менее хорошо место консула во всех этих делах, также в начале XX века, определял другой русский ученый Казанский. Вот что

он писал: «Консул должен был внимательно изучить условия отечественного и местного хозяйства и вообще общественной жизни, чтобы указывать своим соотечественникам и своему государству, какие выгоды они могут иметь в данном месте. Как в тех, так и в других отношениях, консул призван не только исполнять отдельные текущие дела, но и давать общее направление взаимным отношениям сносящихся государств»⁵.

Более ста лет тому назад было так сказано, но как все это правильно даже для настоящего времени. Особенно это относится к последней фразе цитаты о том, что консул должен давать «общее направление». Должен, конечно, но сейчас этого от него и не требуют. Консул загружен такой массой текущих дел, что ему, как говорится, некогда головы поднять. У консула много времени уходит на оказание содействия огромному числу сограждан, которые сейчас тысячами обретаются в его консульском округе. Все это в добавление к тому, что исторически представляло основу деятельности консула – содействие торговле, мореплаванию (в наше время – транспортным связям). Следует помнить и о том, что в своем консульском округе перед местными властями консул является фактическим представителем своего государства.

Что касается предпринимателей, то понятно, что консул всегда и неизбежно им оказывал внимание, что делалось и делается это отнюдь не безвозмездно. У него есть установленный государственный тариф на оказание услуг в сфере торгово-экономической, как и в иных сферах – административной, нотариальной, визовой и т.п.

Из всего сказанного следует выделить основной элемент. Вот как это представлено в работе Ильина Ю.Д. «Основные тенденции развития консульского права»: «Однако основные функции консулов в их классическом понимании заключаются в учете потребностей внешней торговли и принятию необходимых мер по ее стимулированию и развитию. Когда консульская служба теряет связи с внешней торговлей, она превращается в административно-нотариальный придаток дипломатической службы, тем более что одной из целей дипломатической службы также является содействие развитию внешнеэкономических государственных связей»⁶.

В общем, с таким мнением можно согласиться, но, со своей стороны, необходимо отметить, что консул действительно содействовал и содействует развитию внешнеэкономических отношений государства представляемого государства с государством своего пребывания,

но всегда оставалось сложным определить возможности консула в прямом содействии коммерческим операциям своих отечественного бизнеса. Даже Запад относился к этому в целом сдержанно. Скажем, в 1928 году в Гаване была принята Гаванская конвенция о консульских чиновниках. В статье 22 Конвенции прямо указано «Консулы, которые занимаются торговлей или осуществляют функции, отличные от тех, которые соответствуют их консульским обязанностям, подчиняются местной юрисдикции по всем своим действиям, которые не относятся к консульской службе»⁷.

Сказано, как видим, коротко и ясно. Далее тоже все было ясно. На Конференции в Вене в 1963 году, выработалась универсальная консульская конвенция, при обсуждении проекта статьи 5 Конвенции никто из участников не настаивал на детализации торговых функций консула. В итоге было записано в самом общем плане, что в консульские функции входит «содействие развитию торговых, экономических ... связей между представляемым государством и государством пребывания, а также содействие развитию дружественных отношений между ними иными путями в соответствии с положениями настоящей Конвенции». Обратим внимание, что экономическая и торговая деятельность в данном случае связывалась не с взаимной выгодой, что было бы логичным, а с дружественными отношениями, поскольку в 60-е годы был период бурного развития международного права, когда под нажимом социалистических и развивающихся государств, право это направлялось на развитие между странами отношений дружбы. Западные государства подобное не очень приветствовали, но им приходилось соглашаться. А если они (или кто-либо еще) были с этим не согласны, то всегда была возможность найти иной вариант путем заключения двустороннего или многостороннего договора.

Получалось, таким образом, что в качестве общей нормы консульская функция содействия предпринимателям толком не разработана до сих пор. Консулы руководствуются в своей работе в основном внутренними инструкциями, получаемыми от собственного правительства. При этом понимается, что «Консулы выполняют те функции, которые на них возложены их государством без ущерба для законодательства государства, в которой они их выполняют»⁸. Против этого понимания никто реально не возражал. В частности, с этим был согласен Подкомитет комиссии Лиги Наций по прогрессивной кодификации международного права⁹. Затем с этим согласилась Комиссия международного

права ООН, которая в докладе о работе своей XII сессии определила для консула пять основных функций:

«I Функции, относящиеся к торговле и судоходству: защищать и поощрять торговлю между представляемым государством и государством пребывания и способствовать развитию экономических отношений между этими двумя государствами.

II Функции, относящиеся к защите граждан представляемого государства.

III Административные функции.

IV Нотариальные функции.

V Прочие функции»¹⁰.

Как видим, КМП отдала торговой функции приоритет. 50-е годы положение о торговой функции консула закрепляется в большинстве двусторонних консульских конвенциях. И уже тем более это имело место в консульских уставах государств в форме достаточно полной и конкретной. К примеру, следует сослаться на соответствующие положения из Консульского устава США. В частности, там сказано об обязанностях консула следующее.

Обязанности консула включают:

1) тщательно изучать и сообщать о потенциальных возможностях своих округов как рынка для американских товаров или как конкурента американским товарам в мировой торговле;

2) исследовать и пересылать справочные доклады по мировой торговле в отношении общего состояния и торговых возможностей иностранных фирм в их округах;

3) подготавливать и пересылать, в соответствии с запросом, торговые списки коммерческих фирм в их округах;

4) быть постоянно готовым к возникновению благоприятных торговых возможностей и немедленно о них сообщать;

5) пытаться создать, в пределах предписанных обязанностей, спрос на американские товары в их округах;

6) содействовать и сообщать о посещении иностранными бизнес-менами США;

7) принимать соответствующие шаги для развития такой импортной торговли в США, которая вызывается экономическими потребностями Соединенных Штатов¹¹.

Из приведенного выше видно, что консульские функции консула предусматривают три группы вопросов:

- а) консульская защита торговых интересов США;
- б) консульское содействие развитию внешней торговли;
- в) составление необходимых докладов.

Характерно, что Консульский Устав США предусматривает: если международный договор содержит условие о наибольшем благоприятствовании, консул должен добиться, чтобы американская сторона могла пользоваться выгодами и преимуществами, вытекающими из этого условия¹².

Отметим также, что Консульский Устав воспрещает консулу выступать арбитром в торговых спорах¹³.

В контексте данной работы лишь перечислены функции американских консулов, но в действительности по каждой функции законодательство США содержит обстоятельные разъяснения. К тому же не секрет, что все загранслужбы государств имеют функции, которые широко не афишируются, но иногда о них сообщается. Так, к примеру, бывший сотрудник разведорганов США Вашингтон Платт в своей книге «Национальный характер в действии» писал: «Наши иностранные представительства, включая консулов, в настоящее время регулярно сообщают экономические, сельскохозяйственные, научные, военные, морские и другие разведывательные данные совершенно открытым и хорошо понятным образом... В свете того, что одной из главных задач наших дипломатических представителей являлась пересылка в Вашингтон большого числа экономических, социологических и других разведывательных данных, совершенно правильно будет считать заграничную службу США частью разведывательной службы»¹⁴.

Примеров разного рода, касающихся деятельности консула по содействию торговле, включая сферу законодательства, можно найти очень много, но размеры нашего исследования сделать этого не позволяют. Остается констатировать в целом, что к настоящему времени торговая функция отлажена достаточно полно, практика по ее исполнению богата.

Консул, в принципе, содействует торговле, но ею сам не занимается. Он слуга своего государства, а не частных фирм. Соответственно и статус у него особенный, включающий и иммунитет, и привилегии, и уважение к нему общества. При таком положении производственная отдача от консула максимальная.

С тем, чтобы это положение сохранялось, как во благо самого консула, так и товарно-промышленных фирм, которые он обслуживает,

был в конце XIX – начале XX века создан Институт торговых представителей, обычно подчиненный национальному министерству торговли. Обязанности торговых представителей в том и состоят, чтобы оказывать непосредственно коммерческую поддержку своим фирмам и корпорациям, ведущим деловые операции в государстве пребывания. Этот Институт, кстати, не вызывает возражений в официальных кругах влиятельных государств. Россия тоже активно использовала и пока еще использует торговые представительства за рубежом. А у Института довольно длинная история.

Еще в 1912 году были учреждены должности 14 агентов Министерства торговли и промышленности России за границей (в Лондоне, Берлине, Вене, Константинополе, Вашингтоне, Марселе, Генуе, Роттердаме, Франкфурте-на – Майне, Гамбурге, Софии, Тегеране, Урге и Шанхае). В их обязанности входило: «непосредственно содействовать русским торговцам в местах своего пребывания». Эти органы являлись прообразом последующих (советских и российских) торгпредств.

В настоящее время имеется 65 торговых представительств России в основных развитых государствах мира. Их задачи:

1) представлять государственные интересы за рубежом в сфере экономических отношений и обеспечивать такие интересы;

2) проведение эффективной внешнеэкономической политики государства и содействие развитию торговых и экономических связей России;

3) участие в реализации межгосударственных торгово-экономических соглашений;

4) защита экономических интересов российских экспортеров и импортеров, оказание им всемерного содействия в осуществлении деловых контактов, развитии новых направлений и форм экономического и научно-технического сотрудничества;

5) мониторинг и контроль за исполнением двусторонних соглашений о торговле и экономическом сотрудничестве;

6) подготовка конъюнктурных материалов о ситуации на товарных рынках, а также информационная и консультативная помощь, содействие в проведении торговых выставок и рекламных компаний.

Не следует забывать, что торговые представительства России – это органы государства, осуществляющие внешнеэкономическую деятельность на государственном уровне. Это, однако, не означает, что они оказывают помощь и защиту только государственным организациям

и представительствам, нет, они являются надежным помощником и частного бизнеса, о чем и свидетельствуют приведенные выше функции торгпредств. И здесь мы сталкиваемся с тем, что торгпредства во исполнение своих функций прямо пересекаются с функциями почетных консулов, как они определены в Приказе МИД РФ от 13 октября 1998 г. № 2774, утвердившем Положение о почетном консуле Российской Федерации». В частности, они (функции) определены таким образом: «Почетный консул защищает в своем консульском округе права и интересы Российской Федерации, ее граждан и юридических лиц. В пределах своей компетенции почетный консул содействует развитию дружественных отношений Российской Федерации с государством пребывания, расширению экономических, торговых, научных, культурных и иных связей»¹⁵. Консул оказывает консульские и информационные услуги по установлению контактов и развитию бизнес сотрудничества с партнерами государства пребывания, знакомство с законами, помощь в получении виз, разрешений на работу, вида на жительство. Если были нарушены права и интересы российских граждан и юридических лиц, консул принимает меры по их восстановлению. Он занимается вопросами опеки и попечительства, делами по наследству, принимает на хранение деньги и иное ценное имущество, оказывает содействие лицам, задержанным или арестованным, в том числе, организуя их юридическое представительство.

Подобные функции почетного консула определены и в двусторонних консульских конвенциях Российской Федерации с рядом иностранных государств, например, с Азербайджаном от 6 июня 1996 г., с Казахстаном от 28 марта 1994 г., и с Румынией от 4 июля 2003 г.

Как видно, торгово-экономическим делами за рубежом занимаются в разной мере дипломатические представительства, консульские учреждения (штатные и почетные), торговые представительства, а также многочисленные представители влиятельных торгово-промышленных и финансовых корпораций. Это сложная единая система, которая окончательно сложилась в XX веке и убедительно проявила свою эффективность.

Однако в заключение следует особо подчеркнуть, что в первую очередь дипломатические представительства и консульские учреждения и так занимаются экономической аналитикой и предоставляют дипломатическую и консульскую защиту при ее необходимости и возможности отечественной торговле за границей и это право, в частности,

касается и частных фирм и их коммерческих интересов. Но диппредставительства и консульские учреждения не участвуют и не имеют права участвовать непосредственно в торговых операциях, подменяя собой торговые представительства. И не будут они этим заниматься, поскольку их основная забота – дела государства, а не частных предпринимателей.

The Functions of Consular Protection Agencies Abroad (Summary)

*Hayal M. Aliev**

The article consists of three parts binder. The first part tells about the history and legal basis of consular functions relating to the protection of entrepreneurs. Some attention is paid to the activities of honorary consuls. The second part focuses on the role of trade representatives. The last part deals with the existing plans of certain circles in the West and in the Russian Federation to demolish history-proved balance between the three Institutes of Diplomatic, Consular and Trade representatives at the pretext that it will make good for private enterprise. The author does not agree with this stance.

Keywords: consulates; consul; enterprisers; honorary consul; trade representatives; private business.

* Hayal M. Aliev – post-graduate student of the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia. aliyev.xeyal@mail.ru.

- ¹ Ниже также будет использован и термин «консул», который используется в двухсторонних консульских конвенциях между государствами.
- ² C.L.Jones. The Consular Service of the United States, Philadelphia, 1906, P. 4.
- ³ Graham H. Stuart. American Diplomatic and Consular Practice. N.Y., 1956, P. 130.
- ⁴ Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Юрьев, 1912, С. 161-162.
- ⁵ Казанский П. Учебник международного права. Одесса, 1902, С. 216.
- ⁶ Ильин Ю.Д. Основные тенденции в развитии консульского права. – М., Юридическая литература, 1969, С. 31.
- ⁷ Convention Regarding Consular Agents, Signed at Havana, 20 February 1928. UN Conference on Consular Relations, Doc. A / Conf. 25 / L. 2, 9 January 1963.
- ⁸ Статья 10 упомянутой Гаванской конвенции о консульских чиновниках 1928 года.
- ⁹ См. Publications of the League of Nations. A. 15, 1928 V. C / P.D. 1111 (1)/, P. 14.
- ¹⁰ ООН. Доклад КМП о работе ее двенадцатой сессии, 25 апреля – 1 июля 1960, С. 9-12.
- ¹¹ Foreign Service Regulations of the United States of America», Department of States, 1941, with amendments (XIV-2).
- ¹² Graham H. Stuart. Op. cit. P. 309.
- ¹³ U.S. Regulations (XIV- 1), Note 1.
- ¹⁴ Platt Washington. National Character in Action – Intelligence Factors in Foreign Relations, Washington, 1961, P. 10-11.
- ¹⁵ www.mid.ru Положение о почетном консуле Российской Федерации от 13 октября 1998 г.

Переговорный процесс как важнейший способ разрешения Афганского конфликта

*Мангал Бисмиллах**

В настоящее время в Афганистане не существует никаких других способов разрешения возникающих в нашем обществе конфликтов, кроме организации посредничества и переговоров. В ст. 33 Устава ООН непосредственные переговоры стоят на первом месте. Согласно Уставу ООН мирными средствами урегулирования международных споров ООН являются переговоры, обследования, посредничество, примирение, арбитраж, судебное разбирательство, обращение к региональным органам или соглашениям. Устав ООН предоставляет сторонам – участникам спора право выбора любого мирного способа разрешения спора. Мирные средства урегулирования международных споров, указанные в ст. 33 Устава ООН, не являются исчерпывающими.

Переговоры – одно из самых гибких средств урегулирования разногласий. Они могут проводиться как на официальном уровне, вплоть до Глав государств, так и неофициальном – письменно, устно, «без галстуков». Дополнительным преимуществом непосредственных переговоров является факт невозможности какого-либо давления со стороны третьих государств, международных организаций.

Ключевые слова: Афганистан; переговоры; посредничество; урегулирование международных споров.

Очевидно, что в настоящее время в Афганистане не существует никаких других способов разрешения возникающих в нашем обществе конфликтов, кроме организации посредничества и переговоров.

В ст.33 Устава Организации Объединенных Наций (далее – Устав ООН) непосредственные переговоры стоят на первом месте. Согласно Уставу ООН мирными средствами урегулирования международных споров ООН являются «переговоры, обследования, посредничество, примирение, арбитраж, судебное разбирательство, обращение к региональным органам или соглашениям»¹. Устав ООН предоставляет сторонам – участникам спора право выбора любого другого мирного способа разрешения спора². Однако мирные средства урегулирования

* Мангал Бисмиллах – соискатель кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. mangalafg@yahoo.com.

международных споров, указанные в ст. 33 Устава ООН, не являются исчерпывающими.

Переговорный процесс признан во многих международно-правовых актах, например, в Гаагских конвенциях 1899 и 1907 годов, Декларации о принципах международного права ООН 1970 г., Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г.

Переговоры являются главным средством решения международных, а также внутригосударственных споров. Фактически, все средства мирного урегулирования имеют непосредственную связь с переговорами: двусторонние и многосторонние переговоры применяются на международных конференциях, при участии третьей стороны (добрые услуги, посредничество). Использование консультационных органов (согласительных и следственных комиссий), судебных разбирательств (Международный и третейский суд) также невозможны без непосредственных переговоров.

Переговоры – одно из самых гибких средств урегулирования разногласий. Они могут проводиться как на официальном уровне, вплоть до Глав государств, так и неофициальном – письменно, устно, «без галстуков». Дополнительным преимуществом непосредственных переговоров является факт невозможности давления со стороны третьих государств, международных организаций.

Любое политическое решение (согласие), принятое с помощью переговоров, является желательным результатом разрешения конфликта в Афганистане. Однако в настоящее время переговоры с талибами не всегда могут привести к устойчивому миру. Существует риск, что переговоры в нынешних условиях иногда дестабилизируют обстановку в стране и регионе. Ослабленное внутренними политическими разногласиями и внешним давлением, правительство Афганистана находится в невыгодном положении, для того чтобы заключить сделку с лидерами повстанцев.

Силы безопасности Афганистана не готовы справиться с вакуумом власти после вывода международных войск. Политическая конкуренция нагревается внутри страны в преддверии вывода войск НАТО (Организация Североатлантического договора)³ в конце 2014 года. Разные приоритеты и предпочтения сторон в конфликте – от афганского правительства к руководству талибов и ключевых региональных и более широких международных организаций – могут еще больше подорвать перспективы мира. Во избежание новой гражданской войны,

необходимо, чтобы ООН⁴ приняла основные коррекции курса, которые приведут к назначению посреднической группы и принятию более реалистичного подхода к урегулированию конфликта.

Когда США и их союзники по НАТО хотят уйти из Афганистана, жизненно важным является то, что соглашения, которые будут достигнуты с помощью переговоров, способствовали бы сохранению достижений последнего десятилетия. Для достижения прочного мирного соглашения, в конечном итоге, требуются в рамках ООН гораздо более структурированные переговоры, по сравнению с тем, что делается в настоящее время. Совету Безопасности ООН необходимо поручить Генеральному секретарю ООН Пан Ги Муну как можно скорее назначить небольшую группу для обеих сторон взаимоприемлемых посредников; нужна гарантия заинтересованных сторон, которые бы в полной мере участвовали в переговорном процессе.

До сих пор отсутствуют признаки признания любой из сторон в конфликте остроты ситуации. Вместо того чтобы последовательно проводить дорожную карту, приоритетом которой является внутреннее примирение, которое включает в себя основные политические силы, сопровождающиеся многосторонними усилиями медиации, афганское правительство и его международные покровители взяли на вооружение рыночный подход к переговорным процессам, цель которых является ведением переговоров с любыми и всеми желающими, независимо от их политической актуальности или способности влиять на результаты. Международные сообщества в переговорных процессах до сих пор поддерживали и стимулировали повстанцев, которые состоят из нечестных правительственных чиновников и военных спекулянтов, у которых есть сомнительная репутация и из войны получают выгоду. Вышеуказанные лица хорошо знают, какие соглашения необходимы, а какие нет. Кроме того, стало ясно, что целью международного сообщества является скорейший вывод войск из Афганистана.

Усилия правительства начать переговорный процесс были малозначительными и бессистемными. Среди фундаментальных разногласий по самому смыслу примирения процесс сосредоточен на политическом компромиссе с группами с сомнительной репутацией. Риторический шум о переговорах привел к отчаянным и опасным движениям, и правительство не смогло довести единого предложения лидерам трех основных повстанческих групп – Талибан, Хизб-и-Ислами и сети Хаккани – сесть за стол переговоров. Данный подход разжигает страхи

среди этнических меньшинств, в гражданском обществе и среди женщин, в результате чего образуется вакуум среди населения. По некоторым данным целью политики примирения Президента Х. Карзая является укрепление своего избирательного округа среди консервативной элиты пуштунских племен. Такой подход противоречит интересам других граждан. В связи с изложенным, необходимо пересмотреть политику национального примирения и роль Высшего совета мира и процесс реинтеграции в Афганистане.

Таким образом, Программа политико-национального примирения столкнулась со стойким сопротивлением со стороны местных силовиков и недоверием заинтересованных участников.

Афганское правительство должно включать в мирные переговорные процессы всех соответствующих внутренних игроков, а не текущей амальгамы полевых командиров. Для формирования повестки дня переговорного процесса необходимо создать небольшую группу, имеющую опыт работы в национальных и международных делах. Переговорная группа правительства должна отражать разнообразие страны – языковое, этническое, религиозное. В нее также должны входить представители Афганской независимой комиссии по правам человека (АНКПЧ) и Совет национальной безопасности (СНБ). Включение представителей политической оппозиции – консерваторов и прогрессистов – будет иметь решающее значение для успеха. Правительство должно гарантировать, что достигнутые соглашения защищают права всех граждан. Прозрачность в проведении переговоров и более тесных связей с общественностью и политической оппозицией, этническими меньшинствами, женщинами и широким кругом субъектов гражданского общества будет иметь решающее значение для переговорного процесса.

Меры укрепления доверия не должны быть ограничены. Необходимо завоевывать поддержку не только Талибан, но и сосредоточиться на привлечении к переговорному процессу широкого круга людей для урегулирования конфликта. Любая сделка, которая дает льготу Талибан, приведет к значительной негативной реакции со стороны Северного альянса, Хизб-и-Ислами и других крупных фракций. Заключение любой тайной сделки с талибами может привести к дезертирству в государственных учреждениях, в частности, среди органов сил безопасности, и поэтому, по мнению некоторых зарубежных и афганских

ученых, на Контингенты МССБ лежит большая ответственность по урегулированию внутри афганского конфликта.

The Negotiation Process as one of Essential Means of Resolving the Afghan Conflict (Summary)

*Mangal Bismillah**

The article is devoted to the negotiation process in Afghanistan as the most important way to resolve the Afghan conflict. The negotiation process is one of the essential means of resolving the Afghan conflict. It is clear that in the current situation in Afghanistan, there are no other ways to address emerging conflicts in our society, but the organization of mediation and negotiation.

In Article 33 of the UN Charter direct talks are the first priority, according to which the peaceful means of settling international disputes are the UN negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements. The Charter also reserves the participating parties to the dispute may choose any other peaceful means of resolving the dispute. Peaceful means of settling international disputes referred to in Article 33 of the Constitution are not exhaustive.

The talks are one from the very flexible means of resolving differences. They can be carried out both at the official level, up to the heads of state and informally – in writing, verbally, “without ties”. Another advantage of direct talks is that hindered any pressure from third countries, international organizations.

Keywords: Afghanistan; negotiations; mediation; settling of international disputes.

* Mangal Bismillah – post-graduate student of the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia. mangalafg@yahoo.com.

¹ Международное право: учебник / под ред. А.Н. Вылегжанина. – М.: Изд-во Юрайт, ИД Юрайт, 2011. – 1003 с.

² Статья 33 Устава ООН.

³ URL: <http://www.nato.int>.

⁴ URL: <http://www.un.org>.

К вопросу о присоединении Европейского союза к Европейской Конвенции о защите прав человека

*Рябова В.О.**

В статье рассматривается развитие идеи о присоединении Европейского союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод с момента ее возникновения до настоящего времени, а также различные формы ее реализации на практике. На основе анализа нормативных актов, принятых институтами ЕС и СЕ, а также судебной практики Суда Европейского союза и Европейского Суда по правам человека автор приходит к выводу о важности присоединения ЕС к ЕКПЧ как одного из шагов на пути к формированию единой системы защиты прав человека в Европе и созданию общего правового пространства между Европейским союзом и Российской Федерацией.

Ключевые слова: Европейские Сообщества; Европейский союз; Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод; Суд ЕС; Европейский Суд по правам человека; государства-члены; учредительные договоры; соглашение о присоединении.

В праве ЕС положения о фундаментальных правах человека впервые получили свое закрепление в Договоре о Европейском союзе 1992 года. Согласно части 1 статьи 6 данного учредительного договора, «Союз основан на принципах свободы, демократии, уважения прав человека и основных свобод, а также господства права – принципах, общих для всех государств-членов». Часть 2 этой же статьи гласит, что «Союз уважает основные права личности, как они гарантированы Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, подписанной 4 ноября 1950 г. в Риме, и как они вытекают из общих конституционных традиций государств-членов, в качестве общих принципов права Сообщества».

Еще задолго до образования Евросоюза Суд Европейских сообществ в своих решениях неоднократно указывал на важность положений о правах человека и на необходимость их нормативного закрепления в праве ЕС. Так, в решении по делу Штаудер в 1969 году Суд

* Рябова Виктория Олеговна – аспирант кафедры Европейского права МГИМО (У) МИД России. victoryabova@gmail.com.

установил, что права человека являются составной частью общих принципов права Сообществ¹. Суд также отметил, что, несмотря на то, что права человека в таком качестве отличаются от прав, непосредственно закрепленных в конституциях государств-членов, они вытекают из их общих конституционных традиций.

В одном из постановлений по делу Интернационале Хандельсгезельшафт в 1970 году Суд ЕС отметил, что уважение основных прав человека является неотъемлемой частью принципов права Европейских сообществ, и их защита в дальнейшем должна обеспечиваться, в том числе и Судом Европейских сообществ².

Многие исследователи связывают признание Судом ЕС прав человека в качестве одного из общих принципов европейского права с желанием обеспечить унификацию процесса экономической интеграции посредством единого толкования основных свобод, закрепленных в Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества 1957 г. Однако с развитием Сообществ потребовались изменения существующего подхода к закреплению основных прав человека в праве ЕС. Так в 1970-е годы зародилась идея присоединения Европейских сообществ к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Первая попытка реализации данной идеи на практике была принята Комиссией Европейских сообществ (КЕС) в 1976 году. В своем докладе «Защита основных прав в свете создания и развития права сообществ» Комиссия, не настаивая на необходимости присоединения Европейских сообществ к Конвенции, тем не менее, четко заявляла, что основные права человека являются неотъемлемой частью правового порядка Сообществ. Комиссия утверждала, что важным элементом любой демократической системы является защита и уважение прав человека и основных свобод, позволяющих любому гражданину развиваться как личности. Демократии не может быть без признания и защиты прав человека и гарантий свободы граждан, и это в полной мере должно относиться и к Сообществам.

Примечательно, что Комиссия подчеркнула особую роль Суда ЕС, который «смог вынести важные решения по вопросам защиты прав человека». В качестве одного из примеров такого рода дел в докладе приводится дело Нолд против Комиссии, в решении по которому Суд впервые сослался не только на конституционные традиции государств-членов как возможный «источник» основных прав человека,

но и на международные договоры о правах человека, по которым государства-члены являются сторонами³. По мнению Комиссии, такой подход Суда является наиболее актуальным применительно к ЕКПЧ, которая содержит в себе «каталог основных прав человека». Так, согласно пункту 28 доклада, международные договоры в области защиты прав человека, сторонами которых являются государства-члены Сообществ, содержат в себе «основополагающие принципы», которыми следует руководствоваться, в том числе, и в рамках правопорядка Сообществ⁴.

В 1979 году Комиссия подготовила Меморандум «О присоединении Европейских сообществ к Конвенции о защите прав человека и основных свобод», в котором уже на официальном уровне предложила Совету присоединиться к ЕКПЧ⁵. В этом документе Европейская Конвенция признавалась основополагающим актом, позволяющим «укрепить авторитет и структуру Европейских сообществ». Согласно позиции КЕС присоединение к ЕКПЧ должно было «обеспечить в рамках Европейских сообществ надлежащую защиту прав человека».

19 ноября 1990 г. Комиссия Европейских сообществ повторно обратилась к Совету с предложением о присоединении к Конвенции, заявив, что в праве Европейских сообществ имеется пробел, восполнить который поможет присоединение к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁶.

Несмотря на то, что правовые акты, принимаемые государствами – членами Сообществ, могли являться предметом рассмотрения Европейской Комиссии по правам человека⁷ и Европейского Суда по правам человека и сами Сообщества были готовы признавать демократические ценности и уважать и защищать права человека, по мнению Комиссии, акты органов и институтов Сообществ продолжали сохранять своего рода «иммунитет от Конвенции» и ее контрольного механизма. Комиссия настаивала на проведении переговоров с представителями Совета Европы, целью которых должно было стать обсуждение принятия дополнительного протокола к Конвенции, который бы и позволил Европейским сообществам присоединиться к ЕКПЧ. Комиссия представила следующие аргументы в пользу присоединения к ЕКПЧ:

1. Присоединение к Европейской Конвенции наделило бы Европейский Суд по правам человека полномочиями по проверке соответствия правовых актов институтов Сообществ ЕКПЧ;

2. Права граждан были бы защищены, в том числе, и против действий институтов Сообществ;

3. Присоединение к ЕКПЧ не означало бы наделения Сообществ какими-либо исключительными полномочиями в области защиты прав человека и, соответственно, не ущемляло бы интересы государств-членов;

4. Присоединение к Европейской Конвенции стало бы не альтернативной, а дополнительной мерой, предпринимаемой для разработки «каталога» прав человека специально для Сообществ.

В 1994 г. Совет Европейского союза обратился в Суд ЕС с просьбой о вынесении консультативного заключения по вопросу о соответствии акта присоединения ЕС к ЕКПЧ Договору о ЕС. В заявлении Совета ЕС были отражены некоторые проблемные моменты, связанные с возможным присоединением Сообществ к ЕКПЧ. Каждое из Сообществ должно было присоединиться к Конвенции и тем протоколам, согласие на обязательность которых выразили все государства-члены, не становясь при этом членом Совета Европы. Кроме этого Сообщества должны были согласиться и на обязательность индивидуальных жалоб, которая, однако, не должна была распространяться на заявления, затрагивающие вопросы, находящиеся в исключительной юрисдикции Суда ЕС. Особое внимание обращалось на необходимость разработки системы разграничения полномочий между ЕС и государствами-членами при представлении ими интересов в контрольных органах Конвенции. Предполагалось, что Сообщества в контрольных органах Конвенции, за исключением Комитета министров Совета Европы, будут представлены лицами, назначаемыми непосредственно Сообществами в порядке, определенном Конвенцией.

Основным вопросом, поставленным Советом ЕС перед Судом, являлось то, будет ли соответствовать присоединение Сообществ к Конвенции статьям учредительных договоров, предусматривающим исключительную юрисдикцию Суда ЕС, и автономности правового порядка Сообществ. Также Совет ЕС просил разъяснить, каким образом Суд ЕС в процессе своей работы будет применять постановления Европейского Суда по правам человека.

В консультативном заключении от 28.03.1996 г. Суд ЕС отметил, что присоединение Сообществ к Европейской Конвенции требует предварительного внесения изменений в положения учредительных договоров⁸. Аргументация Суда сводилась к тому, что Сообщества могут действовать лишь в пределах тех возложенных на них полномочий и целей, которые закреплены в конкретных положениях учредительных договоров или напрямую вытекают из таких положений. Например,

в соответствии со ст. 235 Договора об учреждении ЕЭС 1957 г., Сообщество обладает «подразумеваемыми» полномочиями, то есть необходимыми для выполнения Сообществом его функций для достижения целей, указанных в учредительном договоре. Хотя в учредительных договорах отсутствует прямое указание на то, что Сообщества могут принимать правовые акты о правах человека и заключать международные договоры в этой области, Суд ЕС, сославшись на некоторые акты институтов ЕС и положение Договора о Европейском союзе 1992 г., согласно которому «Союз уважает основные права личности, как они гарантированы Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод», обосновал компетенцию ЕС в сфере прав человека.

Однако, по мнению Суда ЕС, положение статьи 235 Договора об учреждении ЕЭС 1957 г. о «подразумеваемых» полномочиях не может являться достаточным основанием для присоединения Сообществ к Конвенции. Это связано с тем, что такое присоединение повлечет за собой необходимость включения положений Конвенции в право Сообществ, а также внедрения самих Сообществ в совершенно иную институциональную систему, для чего, в свою очередь, необходима модификация системы защиты прав человека. Такая модификация возможна лишь после внесения изменений в положения учредительных договоров ЕС.

Следующей вехой в истории вопроса о присоединении ЕС к ЕКПЧ можно считать вынесение Европейским Судом по правам человека решения по делу Мэтьюс против Соединенного Королевства от 18.02.1999 г.⁹

Гражданка Великобритании Мэтьюс обжаловала отказ властей Гибралтара, доминиона Великобритании, на предоставление ей права участвовать в выборах в Европарламент. Государство-ответчик ссылалось на то, что согласно приложению II к Договору о Европейском союзе 1992 г., право выборов депутатов Европарламента имеют только подданные Великобритании, и что конвенционное право на участие в выборах не распространяется на наднациональные организации, в том числе и на Евросоюз. В результате проведенного анализа положений британского законодательства и правовых норм ЕС Европейский Суд постановил, что было допущено нарушение права на участие в выборах, поскольку оно охватывает и выборы в наднациональные представительные органы, учрежденные после принятия Протокола №1 к Конвенции ее государствами-участниками, а также что действие Договора о Европейском Союзе 1992 г. распространяется и на Гибралтар,

формально не являющийся частью Великобритании. Таким образом, в данном деле в результате толкования Конвенции Европейским Судом по правам человека были уточнены аспекты применения Приложения II к Договору о Европейском Союзе 1992 г. ЕСПЧ впервые согласился контролировать первичные источники права Евросоюза, выдвинув в качестве аргумента отсутствие контроля за судебной практикой со стороны Суда ЕС.

Еще одним постановлением, оказавшим влияние на развитие идеи о присоединении ЕС к ЕКПЧ, стало решение Европейского Суда по правам человека по делу Босфорус Шикрети против Ирландии от 30.06.2005 г.¹⁰ В нем ЕСПЧ установил отсутствие нарушения права собственности турецкой авиакомпании со стороны Ирландии, выразившееся в наложении ареста на два воздушных судна, находившихся в лизинге у заявителя и принадлежавших югославской авиакомпании. Указанные действия были совершены Ирландией во исполнение предписаний институтов ЕС, принятых, в свою очередь, в соответствии с Резолюцией Совета Безопасности ООН о применении санкций в отношении Югославии. Ранее данное дело уже рассматривалось Судом ЕС, и заявителю также было отказано в удовлетворении требований. В свою очередь, Европейский Суд постановил, что если государство передало полномочия международной организации, то «освобождение договаривающихся государств от ответственности по Конвенции в областях, охватываемых такой передачей, было бы несовместимо с целями Конвенции; иначе гарантии Конвенции могут быть ограничены или исключены по желанию, тем самым лишая ее императивного характера...» ЕСПЧ впервые рассматривал жалобу, касающуюся мер, принятых во исполнение права Сообществ. Более того, в решении указывалось, что «Ирландия не отступила от требований Конвенции при выполнении правовых обязательств, вытекающих из ее членства в Европейском Сообществе», так как «защита основных прав, предусмотренных правом Сообществ, эквивалентна системе прав, предусмотренных механизмом Конвенции».

В ходе подготовки Лиссабонского договора позитивная тенденция, наметившаяся в отношении возможности присоединения ЕС к ЕКПЧ, стала подвергаться определенным сомнениям. Высказывались опасения, что придание обязательной юридической силы Хартии ЕС об основных правах, провозглашенной в 2000 г., станет препятствием на пути формирования единой европейской системы защиты прав

человека. Одновременно ряд государств во главе с Францией считали, что присоединение ЕС как международной организации и коллективного члена к Конвенции поставит Суд ЕС в более слабое положение по сравнению с ЕСПЧ. Не изменял своей позиции и сам Суд ЕС, продолжая выступать против присоединения, в результате которого он был бы вынужден направлять по некоторым делам преюдициальные запросы в Страсбург, прежде чем выносить решения по существу. Многие исследователи совершенно справедливо утверждают, что это, во-первых, значительно удлинило бы сроки судебных процедур, а во-вторых, поставило бы Суд ЕС в положение, подчиненное ЕСПЧ¹¹.

Однако со временем отношение к присоединению ЕС к ЕКПЧ изменилось. Более того, можно смело утверждать, что с принятием Лиссабонского договора ситуация с присоединением значительно продвинулась вперед. Из Договора о введении Конституции для Европы в Лиссабонский договор было перенесено положение о присоединении Европейского союза к Конвенции в качестве коллективного члена. Пункт 2 статьи 6 Договора о Европейском союзе (ДЕС) устанавливает, что «Союз присоединяется к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Это присоединение не изменяет компетенции Союза, как она определена в Договорах». Согласно пункту 3 данной статьи, «Основные права, как они гарантированы Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод и как они вытекают из общих для государств-членов конституционных традиций, входят в содержание права Союза в качестве общих принципов».

Более детальные разъяснения условий присоединения ЕС к ЕКПЧ даются в Протоколе № 8 о параграфе 2 статьи 6 Договора о Европейском союзе относительно присоединения Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, приложенному к Лиссабонскому договору. В частности, данный протокол конкретизирует требование сохранения особенностей Союза и права Союза при присоединении к Конвенции. Оно должно выражаться, во-первых, в предоставлении ЕС особых условий участия в контрольных инстанциях Европейской Конвенции, а во-вторых, в создании необходимых механизмов для того, чтобы жалобы со стороны государств, не являющихся членами ЕС, и индивидуальные жалобы подавались правильно, в зависимости от обстоятельств, против государств-членов и/или против Союза. Соглашение о присоединении ЕС к ЕКПЧ не должно затрагивать его компетенции, полномочий его институтов и особого положения

государств-членов по отношению к Европейской Конвенции, в частности, по отношению к ее протоколам, мерам, принимаемым государствами-членами в отступление от Европейской Конвенции согласно ее статье 15, и оговоркам к Европейской Конвенции, сформулированным государствами-членами согласно ее статье 57. Что касается самой Конвенции, то в соответствии с изменениями, внесенными в нее Протоколом № 14, вступившим в силу с 1 июня 2010 г., пункт 2 статьи 59 устанавливает, что «Европейский союз вправе присоединиться к настоящей Конвенции».

Вопрос о присоединении Европейского союза к Конвенции не ограничивается нормативными положениями Лиссабонского договора и протокола №14 к ЕКПЧ. С 2010 года между представителями Европейского союза и Совета Европы ведутся активные переговоры об условиях присоединения.

17 марта 2010 г. Европейская комиссия предложила основные направления переговоров о присоединении, а уже 4 июня того же года ей был предоставлен мандат на их проведение. За несколько дней до этого (26 мая 2010 г.) Комитет министров СЕ дал Руководящему комитету по правам человека специальное поручение разработать совместно с Европейским союзом правовой механизм присоединения. Официальным началом переговоров о присоединении ЕС к ЕКПЧ стала встреча в Страсбурге генерального секретаря Совета Европы Турбьерна Ягланда и заместителя председателя Европейской комиссии Вивияна Рединга 7 июля 2010 года.

17 января 2011 года состоялась встреча представителей Европейского Суда по правам человека и Суда ЕС, посвященная присоединению ЕС к Конвенции, в рамках которой, в основном, обсуждалось будущее взаимодействие судов по вопросам, касающимся жалоб, поданных на ЕС в рамках системы ЕКПЧ.

Главным вопросом, на который попытались ответить представители обоих судов, было то, требуют ли жалобы, поданные в Европейский Суд по правам человека на ЕС, предварительного рассмотрения Судом Европейского союза. Результаты обсуждений были обобщены в Совместном коммюнике председателей ЕСПЧ и Суда ЕС¹². В документе констатировалась необходимость провести различие между индивидуальными жалобами на акты органов Европейского союза и жалобами на акты властей государств – членов ЕС в ходе применения или исполнения законодательства ЕС. В первом случае требование

об исчерпании внутригосударственных средств правовой защиты, предусмотренное пунктом 1 статьи 35 Конвенции, потребует от граждан, желающих подать жалобу в Европейский Суд, сначала обратиться в Суд Европейского союза в порядке, предусмотренном законодательством ЕС. Во втором случае заявитель будет вынужден подать соответствующую жалобу сначала в суд государства-ответчика, который может, а в некоторых случаях, обязан обратиться в Суд Европейского союза для предварительного рассмотрения дела с целью получения его толкования и/или оценки законодательства Европейского союза. В соответствии со статьей 267 Договора о функционировании Европейского союза, Суд ЕС полномочен выносить решения о толковании Договоров и действительности и толковании актов институтов, органов или учреждений Союза в преюдициальном порядке. Когда подобный вопрос ставится перед судом государства-члена, он может запросить Суд ЕС вынести свое решение, если считает, что оно необходимо для разрешения им дела по существу. Если же речь идет о деле, находящемся на рассмотрении в национальном суде, решения которого, согласно внутреннему праву, не подлежат обжалованию, суд обязан обратиться в Суд Европейского союза. Однако если по каким-либо причинам суд государства-ответчика не обратится в Суд ЕС, получается, что ЕСПЧ будет вправе самостоятельно вынести решение по делу, затрагивающему вопросы законодательства ЕС, чего, по мнению представителей как Суда ЕС, так и ЕСПЧ, допускать не стоит. В целях соблюдения принципа субсидиарности в такой ситуации должна быть предусмотрена гибкая процедура, которая гарантировала бы предварительное рассмотрение дела в Суде Европейского союза, предшествующее рассмотрению дела ЕСПЧ.

Разработку проекта соглашения о присоединении ЕС к ЕКПЧ Руководящий комитет по правам человека поручил неофициальной рабочей группе из 14 человек, среди которых 7 специалистов из государств – членов ЕС, а еще 7 – из стран, не входящих в Евросоюз. В период с июля 2010 года по июнь 2011 года было проведено восемь рабочих встреч с представителями Европейской комиссии, по итогам которых в Руководящий комитет по правам человека был направлен проект соглашения о присоединении и пояснительный доклад к нему.

В октябре 2011 года Руководящий комитет обсудил проект соглашения и передал его и доклад на рассмотрение Комитета министров СЕ. 13 июня 2012 года Комитет министров поручил Руководящему комитету

продолжить переговоры с представителями ЕС в группе ad hoc «47+1», которая провела в общей сложности пять встреч в Страсбурге. По итогам последней из них, состоявшейся в марте 2013 года, Руководящему комитету был представлен окончательный текст проекта соглашения о присоединении и доклад к нему.

Проект соглашения о присоединении состоит из преамбулы и 12 статей¹³. Согласно статье 1, вносящей изменения в статью 59 ЕКПЧ, Европейский союз присоединяется к Конвенции, а также к Протоколам к ней. Соглашение о присоединении ЕС к ЕКПЧ рассматривается как часть самой Конвенции. Никакие положения Конвенции и Протоколов к ней для ЕС не могут являться основанием действовать каким-либо образом или принимать какие-либо меры, если это не соответствует праву ЕС. После присоединения ЕС к Конвенции термины «государство», «государства», «государство-участник» должны применяться к Европейскому союзу как к Высокой Договаривающейся Стороне. Статья 2 проекта соглашения о присоединении позволяет Европейскому союзу, наравне с другими участниками Конвенции, делать оговорки в отношении норм ЕКПЧ и Протоколов к ней.

С точки зрения нововведений интересна статья 3 проекта соглашения о присоединении, которая устанавливает возможность как для ЕС, так и для его государств-членов участвовать в делах по жалобам, поданным в Европейский Суд по правам человека, в качестве соответчиков. Данный механизм позволяет ЕС участвовать в судебном процессе в качестве соответчика в тех случаях, когда жалоба на нарушение ЕКПЧ или Протоколов к ней подается в Европейский Суд по правам человека против государства – члена Европейского союза, а также оставаться соответчиком по делу, если жалоба подана как против государства-члена, так и против ЕС. Аналогичная возможность быть соответчиком предусматривается в проекте соглашения о присоединении и для государств – членов ЕС, если жалоба подана против Европейского союза, или как против ЕС, так и против самого государства-члена. Данная статья полностью соответствует ранее упомянутым положениям Протокола №8 о параграфе 2 статьи 6 Договора о Европейском Союзе относительно присоединения Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, приложенному к Лиссабонскому договору, которые предусматривают включение в проект соглашения о присоединении механизмов, необходимых для того, чтобы жалобы со стороны государств, не являющихся членами ЕС, и индивидуальные

жалобы подавались правильно, в зависимости от обстоятельств, против государств-членов и/или против Союза. Ввиду особенностей правовой системы ЕС, проявляющихся в том, что правовые акты, принимаемые институтами ЕС, применяются органами государств-членов, а положения договоров, учреждающих ЕС, принятые органами государств-членов, применяются институтами ЕС, после присоединения ЕС к ЕКПЧ может создаться необычная ситуация, при которой сторона ЕКПЧ, принявшая правовой акт, и Высокая Договаривающаяся Сторона, его применившая, не совпадут. Механизм участия в делах в качестве соответчика был разработан именно для того, чтобы ЕС и его государства-члены имели возможность выхода из таких ситуаций.

В проекте соглашения особо подчеркивается, что для применения механизма участия в деле в качестве соответчика к ЕС или его государствам-членам Европейский Суд по правам человека должен установить причинно-следственную связь между нарушением права, гарантированного ЕКПЧ, и правовым актом ЕС или действием (бездействием) его органа или института. Что же касается решений, то Европейский Суд может лишь констатировать факт нарушения Конвенции, не затрагивая при этом вопросов о законности правовых актов ЕС, а также распределения компетенции между ЕС и его государствами-членами, что соответствует положениям, согласно которым ЕСПЧ не может посягать на правовой порядок ЕС и его компетенцию.

Статьи 6 и 7 проекта соглашения о присоединении определяют процедуру выбора судей и участия ЕС в ПАСЕ. Судья, представляющий ЕС, должен обладать теми же правами и обязанностями, привилегиями и иммунитетами, что и судьи государств-участников ЕКПЧ. Делегация от Европейского парламента должна участвовать во всех заседаниях ПАСЕ, на которых избираются судьи, и иметь право голоса.

Положения проекта соглашения также наделяют ЕС правом участвовать в заседаниях Комитета министров Совета Европы, посвященных обсуждению контрольного механизма ЕКПЧ.

Статья 9 проекта соглашения гласит, что с присоединением ЕС к Конвенции для него, как для коллективного участника ЕКПЧ, особое значение приобретают договоры, тесно связанные с Европейской Конвенцией. Среди них Европейское соглашение, относящиеся к лицам, участвующим в судебном процессе ЕСПЧ от 5.03.1996 г., Генеральное соглашение о привилегиях иммунитетах Совета Европы от 2.09.1949 г., а также некоторые положения дополнительного

протокола к нему от 6.11.1952 г. и Протокола №6 от 5.03.1996 г., в которых определены привилегии и иммунитеты, предоставляемые судьям ЕСПЧ на время выполнения ими своих обязанностей.

Соглашение о присоединении должно вступить в силу первого числа месяца, следующего за днем истечения трехмесячного срока, исчисляемого со дня, когда все государства – участники Конвенции и Европейский союз выразят свое согласие быть связанными его положениями.

На очередном заседании Руководящего комитета по правам человека, состоявшемся 25-28 июня 2013 года, было отмечено, что проект соглашения о присоединении ЕС к ЕКПЧ в том виде, в котором он был представлен в апреле с.г., в ближайшее время должен быть направлен в Комитет министров СЕ.

Несмотря на то, что включенные в него положения дают ответы далеко не на все вопросы относительно предстоящего присоединения ЕС к Конвенции и для их уточнения требуется скорректировать положения некоторых других правовых актов, регламентирующих деятельность институтов Совета Европы, завершение работы над проектом соглашения о присоединении рассматривают в Европе как один из наиболее важных шагов на пути к формированию единой системы защиты прав человека.

Российская Федерация также выступает за присоединение ЕС к ЕКПЧ. Отечественными исследователями в области европейского права не раз было отмечено, что нормы российского законодательства и нормы права ЕС, соответствующие Европейской Конвенции и практике ЕСПЧ, у России и ЕС общие, а также во многом одинаковы и правовой статус личности¹⁴. Присоединение Европейского союза к ЕКПЧ могло бы стать одной из важнейших предпосылок для создания между Россией и ЕС единого правового пространства.

On the Question of the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (Summary)

*Victoria O. Ryabova**

The article looks at the development of the idea of accession of the European Union to the European Convention on Human Rights from its origin to the present time as well as various forms of its realization. Based on the analysis of the regulations adopted by the EU institutions and the institutions of the Council of Europe and the case-law of the Court of the EU and the European Court of Human Rights, the author comes to the conclusion about the importance of the EU accession to the ECHR as one of the steps towards the creation of unified system for the protection of human rights in Europe and the creation of joint legal environment in the EU and the Russian Federation.

Keywords: European Community; the European Union; the European Convention on Human Rights; Court of the EU; European Court of Human Rights; member states; EU Treaties; agreement on the accession.

* Victoria O. Ryabova – postgraduate student of the Chair of European Law, MGIMO-University MFA Russia. victoryabova@gmail.com.

¹ Stauder v. City of Ulm, Case 29/69 [1969] ECR 419.

² Internationale Handelsgesellschaft, Case 11/70 [1970] ECR 1125.

³ Nold v. Commission of the European Communities, Case 4/73 [1974] 491.

⁴ The protection of fundamental rights as Community law is created and developed. Report of the Commission submitted to the European Parliament and the Council. 4 February 1976. Bulletin of the European Community, Supplement 5/76, pp. 5-16. <http://aei.pitt.edu/5377/1/5377.pdf>

⁵ Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 2 May 1979. Bulletin of the European Communities, Supplement 2/79. <http://aei.pitt.edu/6356/4/6356.pdf>

⁶ Commission Communication on Community accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and some of its Protocols. 19 November 1990. [EU Commission – SEC Document]. <http://aei.pitt.edu/3680/1/3680.pdf>

⁷ Прекратила свое существование 1 ноября 1998 года со вступлением в силу Протокола №11 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

⁸ Opinion of the Court 2/94 of 28.03.1996. (Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CV0002:EN:PDF>

⁹ Matthews v. the United Kingdom, Case 24833/94, ECHR 1999-I.

¹⁰ Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, Case 45036/98, ECHR 2005-VI.

¹¹ Бирюков М.М. Европейское право: до и после Лиссабонского договора: Учебное пособие. – М.: Статут, 2013. – с. 227.

¹² The joint statement by the Presidents of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf

¹³ Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf)

¹⁴ Бирюков М.М. Европейское право: до и после Лиссабонского договора: Учебное пособие. – М.: Статут, 2013. – с. 228.