

**Московский
журнал
международного
права**

**Moscow
Journal
of International
Law**

Научно-теоретический
и информационно-практический
журнал

Издается с 1991 года
на русском языке

Выходит один раз в три месяца
№ 2 (90) 2013 апрель-июнь

Содержание

Международное гуманитарное право

- Котляров И.И., Пузырева Ю.В.* Негосударственные вооруженные группы и международное гуманитарное право 3
Ivan I. Kotlyarov, Yuliya V. Puzyreva Non-state Armed Groups and International Humanitarian Law 22

Международное право окружающей среды

- Верейна Л.В.* Определение трансграничного ущерба окружающей среде *per se* 23
Larisa V. Vereina Definition of Transboundary Damage to the Environment *per se*
Пушкарева Э.Ф. Обеспечение охраны окружающей среды при осуществлении экономической деятельности: международно-правовое регулирование (Часть 2) 32
Elvira F. Pushkareva Enforcement of the Environmental Protection by the means of Economic Activity Regulations: International Law Perspective (Part 2) 46

Международное космическое право

- Жуков Г.П., Вольнская О.А.* 52-я сессия Юридического подкомитета Комитета ООН по космосу и проблемы международного космического права 47
Gennady P. Zhukov, Olga A. Volynskaya 52nd Session of the Legal Subcommittee of the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space and the Problems of International Space Law 58

Международное воздушное право

- Малеев Ю.Н.* Единое региональное небо: концепция и реальность . . . 59
Yuri N. Maleev United Regional Sky: Concept and Reality 69

Международное финансовое право

- Кудряшов В.В.* Мягкое право как метод регулирования международных финансовых отношений в зарубежной доктрине международного финансового права 70
Vladislav V. Kudryashov Soft Law as International Financial Regulation Method in the Foreign Financial Law Doctrine 89

Право и политика

- Байльдинов Е.Т.* Новое международное право: к вопросу о сущности 90
Ergali T. Baidinov A New International Law 102

Международное частное право

- Хизунова А.Н.* Протоколы банкротства как особый «инструмент» регулирования процедуры трансграничного банкротства (Часть 2) 103
Alexandra N. Khizunova Cross-border Insolvency Protocols as Special Instrument of Cross-border Insolvency Proceedings (Part 2) 123

Голоса молодых

- Карпенко К.В.* Юридические фикции и презумпции в конституционном праве России 124
Konstantin V. Karpenko Legal Fictions and Presumptions in Russian Constitutional Law 144
Хоррманн Е.А. Основные источники унификации гражданского и торгового права в Европейском союзе 145
Elena A. Horrmann Main Sources of Unification of the Civil and Commercial Law in the EU 162

Хроника

- Конференция в МГИМО «Актуальные теоретические вопросы современного международного права» 3 октября 2013 г. 163

МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО

Негосударственные вооруженные группы и международное гуманитарное право

*Котляров И.И.**

*Пузырева Ю.В.***

В статье проведен комплексный анализ проблем, связанных со значительным ростом числа частных военных и охранных компаний, активно участвующих в вооруженных конфликтах; раскрываются вопросы законности их участия в военных действиях, анализируется возможность регламентации их деятельности нормами международного гуманитарного права. Отдельное внимание авторы уделили состоянию и перспективам формирования международной нормативной базы для регулирования, мониторинга и контроля деятельности частных военных и охранных компаний.

Ключевые слова: частные военные и охранные компании (ЧВОК); международное гуманитарное право; Документ Монтрё; Конвенция о ЧВОК; Рабочая группа; негосударственные вооруженные группы.

В течение последних двадцати лет наблюдается устойчивая тенденция значительного роста числа частных военных и охранных компаний (далее ЧВОК) по всему миру. Участники вооруженных конфликтов все чаще привлекают подобного рода структуры для решения задач, традиционно выполняемых государственными органами безопасности или военными ведомствами.

* Котляров Иван Иванович – д.ю.н., профессор кафедры прав человека и международного права Московского университета МВД России. ikotlyarov@mail.ru.

** Пузырева Юлия Владимировна – к.ю.н., доцент кафедры прав человека и международного права Московского университета МВД России. yuliya_dugina@mail.ru.

Впервые термин «частная военная фирма» был введен в оборот британцем Томом Спайсером, который в 1997 г. основал свою фирму по оказанию военных услуг. Родоначальниками таких структур являются США (на втором месте Великобритания). Именно эти государства начали раскрутку ЧВОК по всему миру. Они активно создают такие структуры, финансируют их через государственный заказ и используют в различных зонах вооруженного конфликта и постконфликтных ситуациях: Иране, Афганистане, Ливии, в настоящее время в Сирии. Как справедливо заметил в одном из своих интервью профессор Л. Ивашов, происходит это исключительно с целями проведения экспансионистской политики, но при этом пряча собственный государственный флаг¹. По мнению анализируемого автора, без участия государства вся деятельность ЧВОК будет лежать вне рамок правового поля – как сегодня у американцев. Они приспускают свой флаг, вторгаются в другие страны, действуют там незаконно, а когда их уличают – говорят: это частная компания, она делает, что хочет².

В настоящее время в понятие *частных военных и охранных компаний* включаются компании, которые предоставляют все виды услуг по оказанию помощи, обучению и консультированию по вопросам безопасности и услуг по обеспечению охраны, т.е. начиная с оказания невооруженной материально-технической поддержки и кончая предоставлением вооруженных охранников, и компании, которые участвуют в оборонительных или наступательных военных и/или связанных с обеспечением охраны операциях, особенно в районах вооруженных конфликтов и/или в контексте постконфликтных ситуаций³.

В одном из докладов Рабочей группы по использованию наемников как средства нарушения прав человека и противодействию осуществлению права народов на самоопределение (создана в 2005 г., в ее составе пять независимых экспертов, среди них – гражданин России А. Никитин; далее Рабочая группа) отмечается, что за последнее двадцатилетие главным образом в западноевропейских и североамериканских государствах, и особенно в США и Соединенном Королевстве, произошло значительное увеличение числа ЧВОК, которые предоставляют свои услуги в зонах вооруженного конфликта низкой интенсивности и постконфликтных ситуациях, таких, как Афганистан, Балканы, Ирак, Колумбия, Сомали и Судан⁴.

В сферу деятельности военных и охранных компаний входит: предоставление грузовой и транспортной поддержки при проведении

операций по развертыванию войск и других военных операций, техническое обслуживание систем вооружений, охрана лиц и объектов, подготовка кадров для военных и полицейских ведомств, сбор и анализ разведывательной информации, работа в учреждениях содержания под стражей, ведение допросов заключенных и, в некоторых случаях, участие в боевых операциях⁵. По мнению Р. Уэллера в общей сложности можно выделить 4 основные сферы оказания услуг ЧВОК: безопасность, обучение, логистика, разведка⁶.

В последнее время тенденции таковы, что к услугам ЧВОК обращаются не только государства, но и коммерческие компании, международные, региональные и неправительственные организации. Чаще всего это происходит во время их работы в ситуациях вооруженных конфликтов. Специалисты по вопросам безопасности сходятся во мнении о том, что в ближайшей перспективе частные военные и охранные компании продолжают свою работу в данном секторе⁷.

Справедливо заметить, что индустрия ЧВОК является транснациональной по своему характеру и развивается во всем мире весьма быстрыми темпами, особенно после вооруженных конфликтов в Афганистане и Ираке. Причем 70% услуг на мировом рынке приходится на долю высокопрофессиональных частных военных компаний Соединенных Штатов Америки и Соединенного Королевства. Эти факты заставляют некоторых экспертов поднимать вопрос о растущей «приватизации» войны⁸.

Причинами быстрого развития процесса приватизации применения силы являются, в первую очередь, глобализация мировой экономики и наблюдаемый в настоящее время отход от модели централизованного управления, на смену которой приходит развитая «управляемость» или «неуправляемость»⁹, а также сокращение численности регулярных вооруженных сил государств и серьезные сокращения расходов в государственном секторе как развитых, так и развивающихся государств¹⁰.

Параллельно с приватизацией военной деятельности на международном уровне во всем мире также растет спрос на обеспечение личной безопасности и охраны собственности на национальном уровне.

Передача на внешний подряд основных функций, которые традиционно осуществлялись национальными армиями или полицейскими силами, известная как приватизация, иницируемая государством, размывает границы между публичными функциями государства и частным коммерческим сектором, создав опасную «серую зону». В районах

вооруженного конфликта сотрудники транснациональных ЧВОК, заключившие контракт как гражданские лица, но вооруженные как военнослужащие, действуют в этих «серых зонах», точно не зная, каков их статус – комбатанта или гражданского лица. Увеличение числа ЧВОК привело к появлению нового типа охранников и частных солдат, которые решают поставленные перед ним задачи в зоне боевых действий и «горячих точках» в условиях нечетких правовых ограничений¹¹. Этот новый тип в определенной мере пришел на смену традиционным наемникам-индивидуалам.

ЧВОК заполняют вакуум, который образуется главным образом в трех случаях возникновения нестабильных ситуаций: i) в зонах вооруженного конфликта низкой интенсивности (новые асимметричные войны), когда не происходит полного развертывания войск, или в постконфликтных ситуациях при высоком уровне опасности; ii) в вооруженных конфликтах, когда международные организации не вмешиваются; и iii) в районах напряженности в развивающихся государствах, где нет присутствия институтов государства и действуют добывающие транснациональные корпорации¹².

Эти новые возникающие негосударственные вооруженные группы неподконтрольны правительствам, их деятельность размывает традиционную концепцию суверенитета и монопольного права на применение силы. ЧВОК, чья главная цель заключается в извлечении прибыли, не обеспечивают надежную основу для долгосрочной стабильности. При отсутствии подотчетности и надзора ЧВОК нередко способствуют укреплению конфликтного потенциала, как это имело место на Балканах, в Сьерра-Леоне, Либерии и в Демократической Республике Конго.

Как справедливо отмечает Заместитель Верховного Комиссара по правам человека госпожа Кюнг-ва Канг, сложившаяся ситуация в сфере функционирования ЧВОК способствует созданию новых вызовов и угроз в сфере прав человека¹³. Подтверждением тому являются известные факты о причастности к нарушениям прав человека в тюрьме «Абу Грейб» в Ираке сотрудников двух ЧВОК, в отношении которых, несмотря на заверения правительства США, так и не было проведено независимого расследования и не были приняты законные санкции; методы насилия, запугивания и терроризирования населения длительное время широко применялись завербованными американцами в огромных количествах сотрудниками (более 110 тыс. чел.) для

работы в Ираке в таких частных охранных предприятиях, как «Блэкуотер», «Дайнакорп» и др.

Приватизация применения силы посредством использования ЧВОК без подотчетности и надзора неизбежно приводит к безнаказанности. За передачей функций на внешний подряд, заключением контрактов с ЧВОК и их наймом могут стоять попытки государств избежать непосредственной юридической ответственности, а иногда, как в случае США, речь может идти об элементе их внешней политики. Рабочая группа верно считает, что право на безопасность является универсальным правом человека для всех, и полагает, что государства уклоняются от своей ответственности, когда безопасность становится привилегией, доступной только для тех, кто может ее позволить¹⁴. Международное сообщество должно быть обеспокоено влиянием деятельности ЧВОК, которые руководствуются скорее интересами извлечения прибыли, чем соблюдением норм международного права.

Отмеченные факты в документах Рабочей группы позволяют нам проанализировать деятельность персонала ЧВОК в условиях вооруженных конфликтов с точки зрения международного гуманитарного права (далее МГП), нормы которого как раз и определяют критерии правомерности действий всех участников вооруженных конфликтов и меры по их защите.

В литературных источниках имеют место различные мнения по поводу использования ЧВОК. Однако сразу отметим, что МГП не регулирует (выделено нами) деятельность таких организаций, даже если эти компании военизированные или являются вооруженными организациями, предоставляющими услуги государствам или неправительственным организациям, о чем говорится в докладе Рабочей группы за 2007 г. Другое дело, как квалифицировать деятельность персонала ЧВОК в том случае, когда он становится участником вооруженных конфликтов, совершает нарушения норм МГП в процессе ведения военных действий? Существуют ли критерии, определяющие правомерность участия ЧВОК в вооруженных конфликтах?

Прямые ответы на эти вопросы содержатся в источниках МГП. Здесь возможны различные ситуации в зависимости от того, в каком вооруженном конфликте действует персонал ЧВОК: а) в международном или б) в вооруженном конфликте немеждународного характера.

Международный вооруженный конфликт. В ст. 43 Дополнительного протокола I 1977 г. сфокусированы признаки вооруженных сил,

которыми представлены противоборствующие государства в международном вооруженном конфликте и на которые распространяются нормы МГП. И это не случайно, т.к. вооруженные силы (армия) являются институтом государства со своими специфическими чертами. Принимать непосредственное участие в военных действиях вправе только лица, входящие в состав вооруженных сил (комбатанты) государства.

Несмотря на организованный характер и вооруженность ЧВОК, они не отвечают требованиям, предъявляемым к вооруженным силам (ст. 43 Дополнительного протокола I), уже только потому, что являются негосударственными акторами. Тем более, когда ЧВОК состоят из иностранных граждан или имеют интернациональный состав, никаким образом не связанным со стороной, находящейся в конфликте. Правда, воюющее государство может включать в состав своих вооруженных сил «полувоенную организацию или вооруженную организацию, обеспечивающую охрану порядка...» (п. 3 ст. 43 Протокола I). В данном случае речь идет о включении в состав вооруженных сил воюющего государства как отечественных (национальных) полувоенных или вооруженных организаций, так и приравненных к ним силовых структур, деятельность которых обусловлена международным договором. Включение же в состав воюющей стороны вооруженных формирований типа ЧВОК, осложнено частным (негосударственным) характером их деятельности. Это допустимо тогда, когда внутригосударственный закон обуславливает такого рода возможность при выдаче лицензии ЧВОК. В последующем теоретически возможно представить деятельность частных компаний в составе вооруженных сил с соблюдением п. 3 ст. 43 Протокола I, что даст право их персоналу на участие в международном вооруженном конфликте, а, в случае задержания таких лиц неприятельскими войсками, – на статус комбатанта и военнопленного.

Но тут опять-таки возникает ряд проблем: осуществления контроля за действиями персонала ЧВОК, соблюдение им дисциплины, норм МГП в процессе ведения боевых действий, порядок привлечения к ответственности персонала за совершение серьезных нарушений норм международного гуманитарного права и др. И что еще важно. На каких условиях должен заключаться контракт властей государства с отечественными ЧВОК? Если на рыночных, то в условиях международного вооруженного конфликта возникает вопрос о выживании и самих ЧВОК. Так почему государство-контрагент должно платить деньги частным

компаниям за обеспечение их же безопасности в процессе боевых действий? Или все-таки деятельность персонала ЧВОК в условиях военных угроз государству должна рассматриваться как конституционная обязанность гражданина защищать свое Отечество?

Ответственность за действия ЧВОК в таких случаях несет воюющее государство, что соответствует ст. 8 Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г.¹⁵ Если же персонал ЧВОК не включен в состав перечисленных выше категорий воюющих, то он обладает статусом гражданского населения и не вправе принимать участие в вооруженном конфликте (ст. 50 Дополнительного Протокола I 1977 г.). В противном случае, т.е. при непосредственном участии персонала ЧВОК в боевых действиях, он теряет право на защиту от нападений, предоставляемую нормами международного гуманитарного права гражданским лицам в период как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов.

Возможны и другие случаи, когда частные военные и охранные компании могут оказаться в составе сражающихся. Речь идет о том, когда население неоккупированной территории «... стихийно берет-ся... за оружие для борьбы с вторгающимися войсками...» (ст. 4 п. 6 Женевской конвенции III 1949 г.) и в составе этого населения персонал ЧВОК воюет с неприятельскими войсками. В такой ситуации на него распространяется статус комбатанта и военнопленного, что соответствует нормам международного гуманитарного права.

Вооруженный конфликт немеждународного характера. С формальной точки зрения, международное гуманитарное право не содержит норм, определяющих требования, предъявляемые к вооруженным силам (вооруженным формированиям) сторон во внутреннем вооруженном конфликте. Воюющие стороны в таком конфликте (как правительственные войска, так и антиправительственные вооруженные силы или другие вооруженные формирования) должны руководствоваться национальным законодательством об использовании ЧВОК. Ответственность за соблюдение норм международного гуманитарного права за действия подчиненных вооруженных сил (формирований), включая персонал ЧВОК, в таких случаях несут, соответственно, государство-контрагент и командир (начальник) оппозиционных войск.

Как нам представляется, законодательство воюющих государств (сторон) применительно к ситуациям, связанным с вооруженным конфликтом любого вида, должно содержать запреты на заключение таких

контрактов с ЧВОК, которые обязывали бы их персонал непосредственно участвовать в боевых действиях, а также в других случаях, где может применяться сила: нападения на объекты, задержание сражающихся, лиц, сложивших оружие или прекративших участие в вооруженном конфликте, действиях, направленных на свержение правительства, подрыв территориальной целостности государства и др. В противном случае, более сильным в экономическом отношении государствам или государствам, в которых «правят балом криминальные силы», предоставлялась бы возможность на рыночных условиях использовать ЧВОК для подавления слаборазвитых государств, захвата новых территорий, приведения к власти угодных им правительств, что противоречило бы общепризнанным принципам международного права.

Складывающаяся ситуация в сфере деятельности ЧВОК, возникший комплекс проблем, в первую очередь, правового характера, не могли не вызвать серьезную озабоченность мирового сообщества. Отсутствие четкой юридической регламентации статуса ЧВОК в период ведения вооруженных конфликтов, неоднозначное определение их правового положения как комбатантов или как гражданского населения несет в себе риск стирания фундаментального для МГП и гуманитарной деятельности различия между этими двумя категориями лиц¹⁶.

Поэтому в последние годы стали предприниматься различные международные инициативы в данной сфере. В этой связи, прежде всего, следует обратить внимание на подготовленный в 2008 г. при поддержке правительства Швейцарии и МККК «Документ Монтрё о соответствующих международно-правовых обязательствах и передовых практических методах государств, касающихся функционирования частных военных и охранных компаний в период вооруженного конфликта» (в дальнейшем – Документ Монтрё)¹⁷ с целями урегулирования проблемы использования ЧВОК, разъяснения соответствующих юридических обязательств по МГП и стандартам в области прав человека. Документ содержит правила и положения о передовых практических методах в отношении частных военных и охранных компаний, действующих в зонах вооруженных конфликтов.

Структурно Документ включает: а) подготовленное Швейцарией неофициальное резюме Документа Монтрё; б) предисловие; часть первую и часть вторую.

В неофициальном резюме Документа дается характеристика ЧВОК и практика их использования в современных условиях, отмечается

предназначение Документа, кратко излагается содержание первой и второй части.

В *предисловии* называются инициаторы и участники разработки Документа, перечисляются правила, которыми они при этом руководствовались, приводится понятийный аппарат. Государства – участники Документа предлагают его вниманию других государств, международных организаций, неправительственных организаций, частных военных и охранных компаний и других соответствующих действующих лиц, которым рекомендуется применять те передовые практические методы, которые они сочтут уместными для своей деятельности. Предлагается также другим государствам и международным организациям информировать Федеративный департамент иностранных дел Швейцарии о своей поддержке настоящего документа.

Часть первая, озаглавленная «Соответствующие международно-правовые обязательства, касающиеся частных военных и охранных компаний» состоит из: введения, и семи разделов: А. Государства-контрагенты; В. Государства территориальной юрисдикции; С. Государства происхождения; D. Все другие государства; Е. ЧВОК и их персонал; F. Ответственность по линии начальника.

Часть вторая имеет название: «Передовые практические методы, касающиеся частных военных и охранных компаний» состоит из введения и трех разделов: А (Передовые практические методы для государств-контрагентов); В (Передовые практические методы для государств территориальной юрисдикции); С (Передовые практические методы для государств происхождения), каждый из которых в свою очередь состоит из подразделов.

В рамках Швейцарской инициативы также был подготовлен проект Кодекса, касающегося деятельности ЧВОК, который содержит принципы саморегулирования и механизмы отчетности.

Давая оценку Документу Монтрё, профессор В.В. Гаврилов отмечает, что с его принятием «...у международного сообщества впервые появилась согласованная и одобренная на универсальном уровне «точка опоры» для дальнейшего развития нормотворческих усилий государств в этом направлении»¹⁸. Полагаем, эта позиция является верной лишь частично в той части, что документ может послужить основой для дальнейших правотворческих усилий государств; с остальным трудно согласиться, т.к. Документ Монтрё, во-первых, одобрен не международным сообществом, а 17 государствами¹⁹, которые являются всего

лишь его частью и, во-вторых, по указанной же причине он не может считаться универсальным.

Как полагает профессор Г.А. Страйдом, исследуя вопрос регулирования деятельности ЧВОК, из-за недостаточной разработанности международно-правовых актов о наемниках могла *«произойти столь глубокая мутация наемников, что они ныне стали ядром сотрудников, набираемых частной компанией для оказания по договору африканским правительствам услуг в области внутренней безопасности»*²⁰ (выделено нами).

«Из вышеизложенного вовсе не следует, – цитирует Специального докладчика ООН по вопросу об использовании наемников анализируемый автор, – что *любые виды услуг*, предоставляемых иностранцами или иностранными частными компаниями для целей повышения уровня квалификации военного или полицейского персонала, *являются незаконными и противоречат принципу государственного суверенитета*... (выделено нами). Если государства согласны отказаться от части своих суверенных прав, то этот вопрос необходимо обсудить и досконально проанализировать на уровне Организации Объединенных Наций, поскольку такая деятельность, с одной стороны, затрагивает и изменяет характер, структуру и функции государства, а с другой стороны, изменяет характер международных отношений»²¹.

О деятельности частных компаний, правда, применительно к миротворческой деятельности ООН, пишет и французский генерал в отставке П. Сартр, который принимал участие в операциях по поддержанию мира в Африке и бывшей Югославии. В своей работе, изданной Международным институтом мира, он *отмечает, что в ходе операций США в Ираке при ведении боевых действий активно использовались гражданские контрактники*²². Многих в ООН такое положение дел весьма беспокоило – зачастую совершенно справедливо, – однако нередко остается без внимания тот факт, что сама ООН много лет назад первой подала пример использования частных лиц в зонах конфликтов. Конечно, следует признать, что целью их участия было достижение мира, а не ведение войны²³.

Согласно общепринятой практике, функции по контролю над районом, осуществляемые персоналом в постоянном вооруженном противостоянии с населением, не могут быть переданы подразделениям, за чей военный или полицейский статус и профессиональную подготовку для поддержания общественного порядка не может поручиться

правительство. С другой стороны, П. Сартр полагает, что можно было бы рассмотреть возможность передачи частным организациям функций по обеспечению безопасности периметра охраняемых территорий, в частности, таможенных функций, поскольку в ряде стран они в значительной мере приватизированы. Или, почему бы не передать на «подряд» ряд функций по сбору разведывательной информации, в частности, связанных с наблюдением, возможно, даже функции так называемых военных наблюдателей²⁴?

Несомненно, в условиях полнейшей неразберихи в деятельности ЧВОК в наше время, о чем говорилось выше, Документ **Монтрё** содержит весьма ценные в практическом плане положения, выполнению которых могли бы последовать субъекты, которым он адресован, включая ЧВОК. Но понятно, что этот инициативный проект носит лишь рекомендательный, а не юридически обязательный характер, что отмечают и сами авторы данного акта²⁵.

На наш взгляд, трудно рассчитывать на высокую эффективность применения этого документа государствами, правительственными и неправительственными организациями, частными компаниями, которые в рыночных условиях правдами и неправдами зарабатывают миллиарды долларов на крови многочисленных жертв, грубо попирают нормы МГП и стандарты в области прав человека, создавая, например, армии вооруженных наемников, о чем свидетельствуют материалы Рабочей группы и многочисленные противоправные факты использования ЧВОК. Указанные субъекты международного права и негосударственные акторы в любой момент могут уйти и, как показывает практика в Ираке, Афганистане, африканских государствах и других регионах²⁶, уходят от ответственности, пользуясь неурегулированностью названных проблем в такой важной сфере, как использование ЧВОК в период вооруженных конфликтов.

В этом отношении противоправная деятельность американских и др. (например, английских) частных военных и охранных компаний не может не настораживать международное сообщество. Тем более что за совершенные преступления не несут ответственности ни США, как государство-контрагент, ни ЧВОК, персонал которой, может быть наделен иммунитетом этого же государства²⁷.

Несомненно, деятельность ЧВОК должна находиться под строгим контролем государств, которые и должны нести ответственность в случае нарушения ими норм международного права (выделено нами).

С учетом того, что в большинстве случаев деятельность ЧВОК строится на основе саморегулирования и осуществляется в рамках корпоративных кодексов, то в настоящее время не существует каких-либо правовых рычагов воздействия на ЧВОК с целью направить их деятельность в русло строгого соблюдения принципов и норм МПП и стандартов в области прав человека.

Как справедливо отмечает профессор А.Г. Волеводз, саморегулирование не позволяет обеспечить надлежащее реагирование и пресечение нарушений прав и свобод человека, которые допускаются персоналом ЧВОК при реализации военных и охранных функций, особенно на территориях иностранных государств. Тем самым порождается безнаказанность персонала ЧВОК даже в случаях совершения тяжких преступлений, в том числе международных преступлений и преступлений международного характера²⁸.

С учетом приведенных выше и множества других примеров о безответственном использовании государствами ЧВОК, ни о каком саморегулировании их деятельности, на наш взгляд, речи быть не может.

Для создания гарантий правомерной деятельности ЧВОК, урегулирования их функций и использования персонала в интересах отдельных субъектов международного права, негосударственных образований и в целом всего международного сообщества необходимо заключения государствами отдельного международного договора на основе принципов и норм международного права.

В 2009 г. проект такого договора, а точнее Международной конвенции о контроле, надзоре и мониторинге за частными военными и охранными предприятиями²⁹, был подготовлен Рабочей группой Управления Верховного комиссара по правам человека ООН с участием российских экспертов.

В 2010 г., после учета замечаний и предложений ученых и представителей различных государств, Проект возможной Конвенции о ЧВОК был официально опубликован и разослан государствам – членам ООН Советом по правам человека. Документ предполагает возложение ответственности по контролю над деятельностью охранных компаний на государственные органы власти, а также закрепляет критерии отделения сотрудников ЧВОК от категории наемников, чья деятельность запрещена во всем мире³⁰.

В 2011 г. данный проект вновь претерпел преобразования, был значительно сокращен по сравнению с предыдущим проектом (состоит

из 49 статей) и структурно включил в себя: преамбулу, общие положения (часть I), общие принципы (часть II), законодательное регулирование, надзор и мониторинг (часть III), обязанность государства применять меры уголовного, гражданского и/или административного наказания к правонарушителям и обеспечивать жертвы средствами правовой защиты (часть IV), надзор и мониторинг на международном уровне (часть V), заключительные положения (часть VI).

В ст. 1 проекта возможной Конвенции 2011 г. перечислены цели этого документа, среди которых нельзя не отметить такие, как:

«а) подтвердить и усилить ответственность государств за применение силы и вновь заявить о важности его монопольного права на законное применение силы в пределах всеобъемлющих рамок государственных обязательств по уважению, защите и выполнению прав человека и предоставлению средств правовой защиты в случаях нарушений прав человека;

б) определить те функции, которые являются сугубо государственными функциями и не могут передаваться на аутсорсинг ни при каких обстоятельствах...».

Статья 2 посвящена определениям, нацеленных на единообразное понимание этого важного документа, всего приводится 17 определений.

Так, согласно Проекту, «частная военная и/или охранная компания (ЧВОК)» означает корпоративное образование, предоставляющее на компенсационной основе военные и/или охранные услуги, обеспечиваемые физическими и/или юридическими лицами (п. а).

Под «военными услугами» понимаются *«специализированные услуги (выделено нами), связанные с военной деятельностью, включая стратегическое планирование, стратегическую разведку, исследования, наземную, морскую и воздушную разведку, воздушные операции любого типа с использованием как пилотируемых, так и беспилотных летательных аппаратов, спутниковую разведку, передачу любого рода знаний военного применения, материально-техническую поддержку вооруженных сил и другие соответствующие виды деятельности (п. б).»*

«Охранные услуги означают вооруженную охрану или защиту зданий, установок, имущества и людей, передачу любого рода знаний, применяемых для обеспечения безопасности и порядка, разработку и применение мер информационной защиты и другие соответствующие виды деятельности (п. с)».

Сразу хочется не согласиться со ст. 2 b) в том, что *военные услуги связаны с военной деятельностью*, так как любая военная деятельность в принципе относится к сугубо государственной функции, о чем говорят сами же авторы этого Проекта в ст. 2 i)³¹ и ст. 9³². Поэтому, как представляется, военные услуги негосударственного актора – ЧВОК никак не могут быть связаны с военной деятельностью, ибо последняя представляет собой разновидность социально-политической деятельности по созданию, а при необходимости и использованию средств вооруженной борьбы и других элементов *военной мощи* государства для достижения определенных государственных или социально-групповых целей. К тому же, военной деятельностью занимаются лица, функционально и организационно входящие в *военную организацию* государства: военнослужащие Вооруженных Сил и других государственных воинских формирований; представители органов государственной власти и управления, непосредственно занимающиеся вопросами обороны и безопасности страны; работники предприятий и учреждений, полностью или частично занятых созданием оружия, боевой техники и обеспечением ими ВС. Скорее всего, в данном случае речь могла бы идти о специализированных услугах, *свойственных (или характерных) для военной деятельности*, но никак не связанных с нею.

Досадным является и то, что в отличие от предыдущего проекта 2009 г., в Проекте о ЧВОК 2011 г. используется часто критикуемый российскими учеными, не по-русски звучащий термин «право прав человека» вместо «норм о правах человека», «норм о защите прав человека», «стандартов в области прав человека», который принципиально отличается от норм МГП, направленных на защиту жертв войны (т.е. прав человека неприятельской армии) в период вооруженных конфликтов.

Весьма значимыми для толкования, понимания и практического применения будущей Конвенции являются такие, например, определения, как: «экспорт военных и/или охранных услуг», «импорт военных и/или охранных услуг», «государства-контрагенты», «государства проведения операций», «отечественные государства», «третьи государства» и др.

Важно, что в этом варианте Проекта приводится «оговорка Мартенса» (ст. 3 п. 4, сфера применения) для случаев, не предусмотренных будущей конвенцией, а также в целях осуществления государствами единообразной правоприменительной практики, что является

велением времени и данью глубокого уважения провидческих взглядов великого русского ученого и дипломата.

В конце 2012 г. проект Конвенции о ЧВОК рассматривался в Совете по правам человека. Вместе с тем, до настоящего времени конкретных решений, определяющих дальнейшую судьбу проекта Конвенции, к сожалению, не принято. Так, например, в рамках ООН продолжает аналитическая работа по обзору за деятельностью ЧВОК в своевременных вооруженных конфликтах³³, что, безусловно, заслуживает положительной оценки. В частности, в марте 2013 г. Рабочая группа объявила о начале комплексного исследования вопроса использования ЧВОК по всему миру с целями дальнейшей разработки единой политики ООН по данному вопросу³⁴.

Вклад Российской Федерации в дело продвижения идеи о формировании международной нормативной базы для регулирования, мониторинга и контроля деятельности частных военных и охранных компаний очевиден. Прежде всего, разработка и продвижение концепции и проекта Конвенции о ЧВОК начаты отечественными специалистами и ведутся при взаимодействии с МИД Российской Федерации. Первый проект Конвенции был представлен экспертному и научному сообществу в Москве в октябре 2008 г. на проводившихся по согласованию с Департаментом по правам человека и гуманитарному сотрудничеству МИД РФ Региональных консультациях ООН. Представители России на протяжении более двух лет обеспечивают юридическое сопровождение продвижения проекта Конвенции, экспертного обсуждения поступающих дополнений и замечаний.

По инициативе российских представителей вопрос о разработке проекта Конвенции ООН дважды (в октябре 2009 г. и феврале 2010 г.) заслушивался на заседании Объединенной комиссии Межпарламентской ассамблеи СНГ по гармонизации законодательства в сфере борьбы с терроризмом, преступностью и наркобизнесом в СНГ, а также Постоянной комиссии МПА СНГ по обороне и безопасности. В соответствии с решением Комиссии, а также следуя положению Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН о проведении консультаций по разрабатываемому правовому инструменту с межправительственными организациями, а также с государствами – членами ООН, проект Конвенции был направлен на рассмотрение в различные структуры СНГ и ведомства государств – участников СНГ. Поступившие от них отзывы носят положительный характер, необходимость и своевременность

разработки Конвенции поддерживается. Как отмечается в отзыве Исполнительного комитета СНГ на проект Конвенции, ее «подписание будет способствовать принятию и совершенствованию национального законодательства заинтересованных государств, регулирующего вопросы создания и деятельности частных военных и охранных предприятий»³⁵.

В этой связи логичным бы явилось дальнейшее лидерство России в продвижении Конвенции и с точки зрения создания определенных перспективных механизмов для ограничения вмешательства наиболее воинственных участников международных отношений в дела других государств, что не удалось в свое время сделать в Афганистане, Ираке, где чрезвычайно велика роль ЧВОП, а в настоящее время в Сирии. Как полагает А.Г. Волеводз, учитывая широкую поддержку разрабатываемого проекта, активная роль России приведет к созданию мощной коалиции по продвижению Конвенции о ЧВОП и позволит России, стоявшей у истоков формирования ее проекта, гарантировать, что Конвенция в полной мере по принципам правового регулирования и своему содержанию будет соответствовать интересам страны на международной арене³⁶.

Таким образом, в настоящее время совершенно четко определилась тенденция присутствия частные военных и охранных компаний в зонах вооруженных конфликтов, которые в свою очередь постоянно вспыхивают в различных регионах (в первую очередь, африканский континент, Ближний восток). В этой связи в настоящее время как никогда ранее требуется вмешательство ООН в дело формирования международной нормативной базы для регулирования, мониторинга и контроля деятельности частных военных и охранных компаний, что в целом будет способствовать соблюдению основных принципов и норм международного права в различных ситуациях, внесет определенность в правовой статус таких негосударственных вооруженных формирований, как ЧВОК.

¹ Л. Ивашов. Зачем России воевать под чужим флагом? // Свободная пресса. 12 апреля 2012 г. URL: <http://svpressa.ru/politic/article/54437> (дата обращения 20 февраля 2013 г.).

² Там же.

³ Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination « Promotion and protection of all human rights, civil, political, social and cultural rights, including the right to development». 09 January 2008. A/HRC/7/7 // Office of the United Nations High

Commissioner for Human Rights (OHCHR). URL: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=152 (дата обращения 20 февраля 2013 г.)

⁴ Там же.

⁵ См. подробнее: Приватизация войны // Информационные ресурсы. Международный Комитет Красного Креста. URL: <http://www.icrc.org/rus/resources/documents/privatisation-war-230506.htm> (дата обращения 20 февраля 2013 г.).

⁶ Р. Уэсселер. Война как услуга. М., 2007. С. 42.

⁷ Там же.

⁸ Современные проблемы международного гуманитарного права – приватизация войны: обзор // Информационные ресурсы. Международный Комитет Красного Креста. URL: <http://www.icrc.org/rus/resources/documents/misc/overview-privatization.htm> (дата обращения 20 февраля 2013 г.); R. Kanaga. And now the privatization of warfare! // South-North Development Monitor (SUNS). 13 March 2008.

⁹ A. Leander. Global Ungovernance: Mercenaries, States and the Control over Violence // Copenhagen Peace Research Institute, 2001.

¹⁰ G. Carbonnier. Privatisations, sous-traitance et partenariats public-privé: charity.com ou business.org?. IRRC, December, 2004. Vol. 86, No. 856.

¹¹ Robert Y. Pelton. Licensed to Kill. Crown Publishers. – New York, 2006. P. 342.

¹² Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination « Promotion and protection of all human rights, civil, political, social and cultural rights, including the right to development». 09 January 2008. Указанное сочинение.

¹³ Вступительное слово Заместителя Верховного комиссара ООН по правам человека Кюнг-ва Канг на заседании Межсессионной межправительственной рабочей группы открытого состава по рассмотрению возможности создания международной нормативной базы для регулирования, мониторинга и контроля деятельности частных военных и охранных компаний // Управление Верховного Комиссара по правам человека. URL: <http://www.ohchr.org/RU/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11059&LangID=R> (дата обращения 20 февраля 2013 г.).

¹⁴ Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination « Promotion and protection of all human rights, civil, political, social and cultural rights, including the right to development». 09 January 2008. Указанное сочинение.

¹⁵ Проект этой статьи закрепляет следующее: «Поведение лица или группы лиц рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц фактически действует по указаниям либо под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения». См.: Московский журнал международного права, 2002. № 3. С. 219.

¹⁶ См. подробнее: Приватизация войны. Указанное сочинение.

¹⁷ Документ Мотрё о соответствующих международно-правовых обязательствах и передовых практических методах государств, касающихся функционирования частных военных и охранных компаний в период вооруженного конфликта 2008 г. // Официальный сайт Международного Комитета Красного Креста. URL: <http://www.icrc.org/rus/assets/files/other/montreau.pdf> (дата обращения 20 февраля 2013 г.).

¹⁸ Гаврилов В.В. Правовое положение частных военных и охранных компаний: задачи международного и национального регулирования // Российский ежегодник международного права. Спецвыпуск. СПб, 2010. С. 339.

¹⁹ Афганистан, Ангола, Австралия, Австрия, Канада, Китай, Франция, Германия, Ирак, Польша, Сьерра-Леоне, Южная Африка, Швеция, Швейцария, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Украина и Соединенные Штаты Америки.

²⁰ Док. ООН E/CN.4/1997/24, пп. 91 и 93. Цит. по: Страйдом Г.А. Позиция ЮАР по вопросу регулирования деятельности частных военных и охранных компаний за рубежом. РЕМП. Спецвыпуск. 2009. СПб, 2010. С. 158.

²¹ Док. ООН E/CN.4/1997/24, пп. 107-108, 122. Цит. По: Страйдом Г.А. Позиция ЮАР по вопросу регулирования деятельности частных военных и охранных компаний за рубежом. Указ. сочинение. С. 158-159.

²² Сартр П. Миротворчество ООН должно стать жестким: защищая миссию, убеждая участников конфликта. Международный институт мира. 2012 г. Русский перевод Информационного центра ООН в Москве. М., 2012. С. 26.

²³ Сартр П. Миротворчество ООН должно стать жестким: защищая миссию, убеждая участников конфликта. Указанное сочинение. С. 26.

²⁴ Там же. С. 26.

²⁵ Документ Мотрё. Указанное сочинение.

²⁶ Американские «частники» отметились и в Грузии. Как отмечает профессор Ивашов, президент Академии геополитических проблем, в августе 2008 г. в составе грузинской армии задерживали граждан разных стран, в том числе США, но они не являлись военнослужащими этих государств. И официальные круги от них открещиваются: они сами, по доброй воле в конфликт ввязались, так сказать, в частном порядке приехав в страну (выделено автором). И таким инициативникам, путешествующих от конфликта к конфликту, несть числа.

²⁷ Пример тому – «бойня на площади Нисур» в Багдаде 16 сентября 2007 г., когда сотрудники «Блэкуотера» (с февраля 2009 г. переименована в «Зи сервисиз») застрелили 17 безоружных иракцев. В декабре 2008 г. пяти участникам расстрела были предъявлены обвинения, но год спустя федеральный суд в Вашингтоне отклонил их, ссылаясь на иммунитет охранников, работавших по государственному контракту. «Зи Сервисиз» остается одним из трех крупнейших охранных подрядчиков Госдепартамента США в других государствах, включая Афганистан.

²⁸ А.Г. Волеводз. О международных инициативах в сфере правового регулирования деятельности частных военных и охранных компаний // Международное уголовное право и международная юстиция. 2009. № 1; А.Г. Волеводз. О перспективах международно-правового регулирования деятельности частных военных и охранных предприятий // Международное уголовное право и международная юстиция. 2010. № 2. – С. 6-12.

²⁹ Международная конвенция о контроле, надзоре и мониторинге за частными военными и охранными предприятиями. С проектом Конвенции можно ознакомиться на информационном портале МГИМО(У) МИД России. URL: <http://www.mgimo.ru/files/121626/project.pdf> (дата обращения 20 марта 2013 г.).

³⁰ Следует отметить, что Российская Федерация поддерживает данный проект Конвенции о ЧВОК, расстраиваемый в ООН. Конвенция по принципам правового регулирования по своему содержанию в полной мере будет соответствовать государственным интересам России на международной арене.

³¹ Сугубо государственные функции означают функции, которые согласуются с принципом монопольного права государства на законное применение силы и которые государство не может передавать на аутсорсинг или делегировать ЧВОК ни при каких обстоятельствах. К таким функциям относятся непосредственное участие в военных действиях, ведение войны и/или боевых операций, захват пленных, законотворчество, шпионаж, разведка, передача знаний военного, охранного и полицейского применения, применение оружия массового уничтожения или проведение иной деятельности, связанной с ним, и осуществление полицейских полномочий, прежде всего полномочий на арест или задержание, включая допрос задержанных, и другие функции, которые государство-участник считает сугубо государственными (ст.2 1) Проекта).

³² Каждое государство-участник определяет и ограничивает сферу деятельности ЧВОК и конкретно запрещает передачу ЧВОК функций, определенных в качестве сугубо государственных, включая непосредственное участие в военных действиях, ведение войны и/или боевых операций, захват пленных, законотворчество, шпионаж, разведку, передачу знаний военного, охранного и полицейского применения, применение оружия массового уничтожения и проведение иной деятельности, связанной с ним, и осуществление полицейских полномочий, прежде всего полномочий на арест или задержание, включая допрос задержанных, а также других функций, которые государство-участник считает сугубо государственными функциями (Ст. 9 Проекта: Запрет на делегирование и/или передачу на аутсорсинг сугубо государственных функций).

³³ Рабочая группа изучит практику использования в ООН услуг частных военных и охранных компаний // Центр новостей ООН. URL: <http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=19256> (дата обращения 20 марта 2013).

³⁴ UN Working Group on mercenaries to launch study on the use of private military and security companies by the UN // Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). URL: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13154LangID=E> (дата обращения 20 марта 2013 г.).

³⁵ См. подробнее: А.Г. Волеводз. О перспективах международно-правового регулирования деятельности частных военных и охранных предприятий Указанное сочинение. С. 11-12.

³⁶ А.Г. Волеводз. О перспективах международно-правового регулирования деятельности частных военных и охранных предприятий Указанное сочинение. С. 12.

Non-state Armed Groups and International Humanitarian Law (Summary)

*Ivan I. Kotlyarov**

*Yuliya V. Puzyreva***

The article provides a comprehensive analysis of the problems associated with a significant increase in the number of private military and security companies are actively involved in armed conflict presents issues of legality of their participation in hostilities, analyze the possibility of regulation of their activities by international humanitarian law. Special attention is paid to the authors of the status and prospects of forming an international regulatory framework for the management, monitoring and control of the activities of private military and security companies.

Keywords: private military and security companies; international humanitarian law; the Montreux Document; the Convention on private military and security companies; Working Group; non-state armed groups.

* Ivan I. Kotlyarov – PhD in Law, professor of the Chair of Human rights and International Law of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. ikotlyarov@mail.ru

** Yuliya V. Puzyreva – Ph.D. in Law, assistant professor of the Chair of Human rights and International Law of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. yuliya_dugina@mail.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

Определение трансграничного ущерба окружающей среде *per se*

Верейна Л.В.*

В статье анализируются международно-правовые проблемы определения трансграничного ущерба, в частности ущерба/вреда, причиненного окружающей среде *per se*. В настоящее время существующие режимы ответственности за трансграничный ущерб лишь косвенно компенсируют затраты на принятие превентивных мер, предназначенных для предотвращения или смягчения вреда окружающей среде, а также затраты на восстановление или воссоздание состояния окружающей среды. Но преимуществом такого подхода является избежание сложной проблемы выработки определения экологического вреда и его экономической оценки, так как эта проблема – главная причина того, почему большинство режимов ответственности прямо не содержат обязательства компенсации за ущерб окружающей среде *per se*.

Ключевые слова: международно-правовая ответственность; правомерная деятельность; трансграничный ущерб; окружающая среда.

В рамках работы Комиссии международного права над темой «Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом» было подготовлено два документа – Проект статей о предотвращении трансграничного ущерба от опасных видов деятельности 2001 г.¹ и Принципы, касающиеся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности 2006 г.² Для уяснения

* Верейна Лариса Владиславовна – к.ю.н., доцент кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. vereinalarisa@mgimo.ru.

существующей практики государств по данной проблематике Комиссия проанализировала и обобщила принципы предотвращения и возмещения трансграничного ущерба в различных международных режимах ответственности, таких как режим ответственности за загрязнение морской среды (Конвенция об ущербе от загрязнения нефтью 1969 г.³, Конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью в результате разведки и разработки минеральных ресурсов морского дна 1977 г.⁴, Международная конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 г.⁵, Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения бункерным топливом 2001 г.⁶ и другие); режим ответственности за ядерный ущерб (Парижская конвенция об ответственности перед третьей стороной в области ядерной энергии 1960 г.⁷, Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г.⁸, Венская конвенция о дополнительном возмещении за ядерный ущерб 1997 г.⁹ и другие); ущерб, причиненный космическими объектами (Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами 1972 г.¹⁰); модель Европейского Союза¹¹ и деятельность в Антарктике (Протокол к Договору об Антарктике 1991 г.¹²); а также Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 г.¹³, Конвенцию о трансграничном воздействии промышленных аварий 1992 г.¹⁴, Луганская конвенция об опасной деятельности 1993 г.¹⁵

На основании обзора международных режимов ответственности представляется, что понятие трансграничного ущерба в целом содержит: 1) традиционные элементы ущерба в национальном деликтном праве, такие как телесное повреждение, имущественный ущерб и экономические потери, и 2) ущерб окружающей среде *per se*. При этом в большинстве режимов понятие ущерба относится не к вреду для окружающей среды, а к вреду через окружающую среду, причиненному людям, имуществу и экономическим интересам. И компенсация за экономические потери в этих режимах лишь косвенно охватывает ущерб окружающей среде *per se*, включая компенсацию затрат на принятие превентивных мер, предназначенных для предотвращения или смягчения вреда окружающей среде, а также затрат на восстановление или воссоздание состояния окружающей среды, в котором она находилась до нанесения такого ущерба. Хотя тем самым, все же создается стимул для принятия оператором мер, направленных на предотвращение или

ограничение ущерба, а также для третьих лиц, которые заранее знают, что получат компенсацию за любые предпринятые ими ответные действия или принятые восстановительные меры.

Этот способ возмещения экологического ущерба не решает всех связанных в нем вопросов, но его преимуществом является избежание сложной проблемы выработки определения экологического вреда, которое подходило бы для всех возможных источников ущерба и всех элементов и функций естественной окружающей среды и природных ресурсов. И, самое главное, снимается вопрос об экономической оценке экологического вреда, а проблема количественного определения – главная причина того, почему большинство режимов ответственности прямо не содержат обязательства компенсации за ущерб окружающей среде *per se*. Есть общий принцип «загрязнитель платит», который упоминается в ряде международных документов и обеспечивает интернализацию издержек. В общем виде он излагается в принципе 16 Декларации Конференции ООН по окружающей среде и развитию в Рио-де-Жанейро 1992 г.¹⁶ В договорной практике этот принцип обеспечивает основу для создания режимов строгой ответственности¹⁷. Каким бы ни было опасное вещество или материал, каким бы ни был неблагоприятно затронутый компонент окружающей среды, и какой бы ни была природа ее неблагоприятного изменения, виновник загрязнения должен платить, чтобы защитить окружающую среду и восстановить ее состояние, бывшее до повреждения.

Требование восстановления поврежденной окружающей среды поднимает вопрос о том, каковым должен быть соответствующий стандарт восстановления: *status quo ante* или состояние, в котором была бы окружающая среда, если бы вред не был нанесен. В случае динамичной экологической ситуации весьма возможно, что по причинам, не связанным с указанным вредом, окружающая среда со временем могла измениться. Если цель восстановления состоит в том, чтобы устранить последствия ущерба, наиболее подходящим может быть второй вариант. Однако оба эти стандарта, возможно, будет одинаково трудно достичь, учитывая неопределенность изменений экологии и вероятную нехватку любых предшествующих исследований, позволяющих определить первоначальное состояние. Если невозможно установить, каким могло бы быть состояние окружающей среды в отсутствие вреда, критерием могло бы быть «восстановление здорового биологического сообщества, в котором представлены и нормально функционируют

растения и животные, характерные для этого сообщества, даже при том, что оно, возможно, не имеет того же самого состава или возрастной структуры, которая присутствовала до причинения вреда»¹⁸.

Следующая проблема заключается в том, что делать, если окружающая среда так сильно повреждена, что она не может быть восстановлена в конкретном месте, или если полное восстановление заняло бы слишком много времени. Если поврежденная окружающая среда предоставляет существенную экологическую нишу, например, служит в качестве нерестилища или среды обитания для разновидности фауны, требующей защиты, или местом отдыха мигрирующих птиц или животных, то единственным экологически полезным способом исправления ситуации будет обеспечение эквивалентной окружающей среды поблизости. Это может включать приобретение и изменение определенного участка суши или моря. (Так обычно поступают в США¹⁹.) Однако в некоторых случаях создать эквивалентную окружающую среду поблизости оказывается невозможно. Здесь режим, основанный на гражданской ответственности, не функционирует, поскольку он основан на финансовой компенсации за финансовые убытки. В отсутствие попытки восстановления никакой компенсации не предусматривается.

Однако случаи возмещения такого ущерба все же случались. Так Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, 1972 г. является единственной существующей ныне конвенцией, касающейся ответственности государства, в отличие от гражданской ответственности. Она возлагает абсолютную ответственность на запускающее государство, определяемое как: 1) государство, которое осуществляет или организует запуск космического объекта, и 2) государство, с территории или установок которого осуществляется запуск космического объекта, за ущерб, причиненный его космическим объектом на поверхности Земли или воздушному судну в полете. В рамках Конвенции ущерб определяется как лишение жизни, телесное повреждение или иное повреждение здоровья; либо уничтожение или повреждение имущества государств, либо физических или юридических лиц или имущества международных межправительственных организаций. Следует отметить, что определение термина «ущерб» не включает явно вред окружающей среде.

Но уже первая – и до настоящего времени единственная претензия, предъявленная в соответствии с Конвенцией, включала требование компенсации экологического вреда, чтобы возместить затраты на удаление

остатков спутника для защиты естественной окружающей среды в малонаселенном удаленном регионе. 24 января 1978 г. советский спутник с двигателем, приводимым в действие небольшим ядерным реактором, разрушился над северо-западными территориями Канады. Канада потребовала компенсации за вред, причиненный радиоактивными обломками спутника, в соответствии с Конвенцией, Договором о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, 1967 г.²⁰ и общими принципами международного права. Хотя обломки не причинили никакого вреда при падении, их радиоактивные свойства означали, что они могут причинить вред радиацией людям и животным, контактирующим с ними. Впоследствии канадское правительство потратило около 14 миллионов канадских долларов, чтобы определить местонахождение, удалить и проверить рассеявшиеся на огромной арктической территории обломки спутника.

Поскольку Конвенция определенно не упоминает ущерб для окружающей среды, Канада ссылаясь на общие принципы международного права, утверждая при этом, что ущерб имуществу согласно Конвенции, должен расширительно толковаться так, чтобы включать стоимость уборки обломков и предотвращения потенциального вреда территории страны и ее жителей. В своем требовании Канада объясняла, что «цель этих действий состояла в том, чтобы определить природу и степень вреда, причиненного обломками, ограничить существующий ущерб и свести к минимуму риск дальнейшего ущерба и восстановить в возможной степени затронутые регионы до состояния, в котором они были бы, если бы вторжение спутника и выпадение его обломков не произошло»²¹. После затянувшихся переговоров Советский Союз согласился заплатить 3 миллиона канадских долларов, примерно половину из требуемых Канадой в качестве затрат на уборку территории²².

Толкование Канадой Конвенции 1972 г. было впоследствии подтверждено в Принципах использования источников ядерной энергии в космическом пространстве, принятых Генеральной Ассамблеей ООН в 1992 г.²³ Принцип 9 касается ответственности и компенсации. В параграфе 1 государства подтверждают, что международная ответственность государств за ущерб, причиненный их космическими объектами, полностью относится к космическому объекту, «имеющему ядерный источник энергии на борту». Параграф 3 заявляет, что «для целей настоящего принципа компенсация включает также возмещение

должным образом обоснованных расходов на проведение операций по поиску, эвакуации и расчистке, включая расходы на помощь, полученную от третьих сторон». Этот прецедент может быть обобщен в толковании термина «ущерб» так, чтобы включать в него стоимость удаления опасных материалов и восстановления окружающей среды, на которую он воздействовал, до состояния, в котором она бы находилась в отсутствие такого ущерба²⁴.

Более строгие положения о компенсации ущерба окружающей среде *per se* содержатся в национальном законодательстве. Например, американском Акте о нефтяных загрязнениях 1990 г., принятом после катастрофа танкера *Exxon Valdez* в 1989 г.²⁵ В дополнение к различным превентивным мерам Акт предусматривает более высокий уровень ответственности и компенсацию ущерба окружающей среде *per se*, именуемый «вред природным ресурсам». При этом он определяется как «убытки вследствие повреждения, разрушения, утраты или невозможности использования природных ресурсов, включая разумные затраты оценки размера убытков, подлежащих взысканию государственным опекуном имущества Соединенных Штатов, государственным опекуном имущества штата, государственным опекуном имущества индейского племени или опекуном иностранного имущества». В состав природных ресурсов включаются «земля, рыбы, дикая природа, флора и фауна данного региона, воздух, вода, запасы питьевой воды и другие подобные ресурсы, принадлежащие, управляемые, находящиеся в доверительном управлении, входящие в компетенцию или иначе управляемые Соединенными Штатами (включая ресурсы исключительной экономической зоны), любым государственным или местным органом власти, индейским племенем или любым иностранным правительством».

Количественно вред природным ресурсам складывается из стоимости восстановления, реабилитации, замены или приобретения эквивалента поврежденных природных ресурсов; уменьшения ценности этих ресурсов до их восстановления; и разумной стоимости оценки такого вреда. Все финансовые средства, полученные в качестве компенсации, должны использоваться только для того, чтобы оплатить восстановление и другие затраты, связанные с вредом, причиненным природным ресурсам.

Представляется, что существующие режимы ответственности за трансграничный ущерб меняться не будут, но возможный

международно-правовой режим, касающийся ущерба/вреда окружающей среде *per se*, мог бы включать в себя три элемента:

1. принятие превентивных мер загрязняющим, прекращение выброса (если таковой имеется) опасного материала или вещества и удаление его из окружающей среды, или возмещение затрат на принятие таких мер другим лицам;

2. восстановление загрязняющим окружающей среды до прежнего состояния – *status quo ante* – или до такого состояния, в котором она бы была, если бы указанный вред не был нанесен, или восстановление ее до состояния, разумно эквивалентного или приближенного к такому, на первоначальной или на соседней территории, или возмещение затрат на принятие таких мер другим лицам;

3. оплата штрафа, если окружающая среда не может быть восстановлена, размер которого определяется с учетом всех соответствующих обстоятельств ущерба и его виновника. Штраф мог бы выплачиваться в фонд восстановления окружающей среды, средства которого будут использоваться в случаях, когда виновник загрязнения не может быть найден или не может производить необходимые выплаты.

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи ООН. 56-сессия. Дополнение № 10 (A/56/10). П. 52.

² Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи ООН. 61-сессия. Дополнение № 10 (A/61/10). С. 106.

³ United Nations, Treaty Series, vol. 973, p. 3.

⁴ International Legal Materials, vol. 16, 1977, p. 1450.

⁵ IMO document LEG/CONF.10/8/2.

⁶ IMO document LEG/CONF.12/DC/1.

⁷ United Nations, Treaty Series, vol. 956, p. 251.

⁸ International Legal Materials, vol. 2, 1963, p. 685.

⁹ International Legal Materials, vol. 36, 1997, p. 1473.

¹⁰ United Nations, Treaty Series, vol. 961, p. 187.

¹¹ Общая позиция Европейского Союза об ответственности за загрязнение окружающей среды в целях предотвращения и возмещения экологического ущерба, Official Journal of the European Union, C277 E/10, 18 November 2003, p.13.

¹² International Legal Materials, vol. 30, 1991, p. 1451.

¹³ International Legal Materials, vol. 30, 1991, p. 800.

¹⁴ International Legal Materials, vol. 31, 1992, p. 1333.

¹⁵ International Legal Materials, vol. 32, 1993, p. 128.

¹⁶ Действующее международное право. – М., 2002, стр. 947.

¹⁷ См., например, Конвенцию по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер 1992 г. (International Legal Materials, vol. 31, 1992, p. 1312);

Конвенцию о промышленных авариях 1992 г. (International Legal Materials, vol. 31, 1992, p. 1333).

¹⁸ ‘Comments on European Commission White Paper on Environmental Liability (COM (2000) 66 final), June 2000, para. 2.6.5.

¹⁹ (US) Oil Pollution Act of 1990, 33 U.S.C. § 2706.

²⁰ Действующее международное право. – М., 2002, стр. 940.

²¹ Претензия к СССР за ущерб, причиненный советским аппаратом Космос 954, 23 января 1979 г., параграф 8, (1979) 18 International Legal Materials 899, 904.

²² Протокол, подписанный между Правительством Канады и Правительством Союза Советских Социалистических Республик в Москве 2 апреля 1981 г., (1981) 20 International Legal Materials 689.

²³ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outerspace_nucpower.shtml.

²⁴ См, например, International Law Association, Space Law Committee, Report to the London Conference, July 2000, by Maureen Williams, Special Rapporteur, p. 4.

²⁵ Подробное объяснение того, как фактически работает система, см. на сайте Национального управления исследований Мирового океана и атмосферы США <http://response.restoration.noaa.gov>.

Definition of Transboundary Damage to the Environment per se (Summary)

*Larisa V. Vereina**

The paper analyzes the international legal problems of the transboundary damage definition, particularly damage/harm to the environment per se. Currently the existing legal regimes for transboundary damage only marginally offset the costs of preventive measures designed to prevent or mitigate damage to the environment and the cost of its repair or restoration. But the advantage of this approach is to avoid the difficult problem of defining environmental damage and its economic assessment, as this problem – the main reason why most liability regimes do not directly include compensation for the damage to the environment per se.

Keywords: international liability; lawful activities; environment; transboundary damage; environmental harm

* Larisa V. Vereina – Ph.D. in Law, assistant professor of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. vereinalarisa@mgimo.ru.

Обеспечение охраны окружающей среды при осуществлении экономической деятельности: международно-правовое регулирование (Часть 2)

*Пушкарева Э.Ф.**

В статье исследуются три направления в международном праве, дальнейшее развитие которых может привести к повышению эффективности обеспечения охраны окружающей среды при международно-правовом регулировании экономической деятельности. Такими направлениями являются: охрана окружающей среды в рамках ВТО, экологические положения международных инвестиционных соглашений, природоохранная политика международных финансовых институтов.

Ключевые слова: Международное экологическое право; международное экономическое право; экологические положения международных инвестиционных соглашений; природоохранная политика международных финансовых институтов; экологическая политика ВТО.

Природоохранная политика международных финансовых институтов

Следующей серьезной попыткой обеспечить охрану окружающей среды и рациональное природопользование при решении экономических вопросов стало включение соответствующих положений международными финансовыми институтами в свои политики и процедуры. Кроме того, данные институты часто создают независимый механизм для контроля за выполнением их процедур и политик. Такие механизмы, вслед за Всемирным Банком, были созданы Межамериканским банком развития и Азиатским банком развития. Так как прецедент был создан Всемирным Банком, именно его работа по охране окружающей среды при осуществлении своей деятельности является важной основой для исследования проблем и достижений в данной области.

В попытке выполнить задачи поставленные принципом 21 по экологическому и социальному устойчивому развитию, Всемирный Банк

* Пушкарева Эльвира Фаритовна – д.ю.н., ведущий научный сотрудник Центра правовых проблем СОПС при Президиуме РАН.

принял программу действий в четырех частях: обеспечить, чтобы финансируемая Банком деятельность решала экологические проблемы; помогать государствам-членам строить свою жизнь в соответствии с принципами уменьшения бедности, эффективностью экономики и защитой окружающей среды; помогать государствам-членам установить приоритет, создать механизмы и выполнить программы в области охраны окружающей среды; участвовать в решении глобальных экологических задач путем сотрудничества с Глобальным экологическим фондом (ГЭФ).

Сегодня каждый проект, финансируемый Банком, в случае возможного воздействия на окружающую среду, предварительно подлежит всестороннему изучению и оценке на предмет экологического воздействия. Если оценка приводит к выводу о необходимости проведения действий по охране окружающей среды, кредитный договор с Банком будет содержать положения о такой деятельности, а также, обычно, положение о полном или частичном финансировании этой деятельности. Более того, например в 1997 г. Всемирный Банк утвердил 184 проекта, направленных только или в основном на решение экологических проблем.

В дополнение к вышесказанному следует отметить, что Всемирный Банк поддерживает развитие международного права окружающей среды и с использованием других механизмов. С 1984 г. Банк придерживается принципа, что Банк не финансирует проекты, которые противоречат обязательствам кредитуемого государства по международным соглашениям по охране окружающей среды. Данный принцип нашел отражение и в других положениях Банка, таких как Политика в области лесов² и Политика по экологической оценке³. Отказываясь финансировать такие проекты, Банк подчеркивает важность данных договоров. Кроме того, Банк содействует вовлечению государств в договоры в области окружающей среды, помогая им выполнить обязательства по договору. Например, Банк способствовал участию в таких договорах Российской Федерации и новых независимых государств⁴.

В целом, можно выделить четыре механизма, посредством которых Всемирный Банк принимает участие в развитии международного права окружающей среды: политики и процедуры Банка в отношении окружающей среды; положения по состоянию окружающей среды в кредитных соглашениях Банка; роль Банка в качестве попечителя и имплементационного органа международных целевых фондов по вопросам

охраны окружающей среды; и, деятельность Инспекционного Совета Всемирного Банка по охране окружающей среды⁵.

Основы банковской экологической политики заложены в Инструкции по экологической оценке (Operational Policy on Environmental Assessment). Данный документ был принят в 1989 г., еще до признания принципа 17 Декларации Рио. Основной задачей данного документа стало создание такого процесса, в рамках которого проекты финансируемые Банком должны подвергаться специальной оценке. Данная оценка требуется для обеспечения определения экологического эффекта от проектов, финансируемых Банком, с целью принятия мер по минимизации возможных негативных последствий или повышения экологических выгод. В соответствии с данным документом, все проекты классифицируются в зависимости от природы, важности и сложности на три группы. Проекты категории «А» могут повлечь серьезные экологические последствия и поэтому требуют всесторонней полной экологической оценки. Проекты категории «В» могут иметь определенные специфические экологические последствия и потому требуют изучения через менее сложную оценку. Проекты категории «С» не повлекут каких-либо серьезных экологических последствий и, соответственно, не требуют экологической оценки.

Из-за серьезных экологических последствий, которые могут быть вызваны реализацией проекта, проекты находятся под особым контролем в рамках специально разработанных процедур. На самой ранней стадии, во время процесса идентификации проекта и до определения экологической категории проекта, Банк должен обеспечить, чтобы кредиторполучатель отобрал независимых, признанных экспертов для определения воздействия реализации проекта на состояние окружающей среды с целью определения категории проекта. Банк должен также обеспечить оценку способности кредиторполучателя управлять процессом экологической оценки и установление необходимости создания независимой экологической комиссии, которая обычно формируется при финансировании проектов, реализация которых может привести к серьезным экологическим последствиям.

Инновационным положением процедуры экологической оценки стало требование о том, чтобы органы государств кредиторполучателей, которые ответственны за проведение оценки, проводили консультации с «группами, которые окажутся под воздействием проекта и с местными неправительственными организациями по вопросу возможных

экологических последствий и принимали их мнение во внимание»⁶. (Этот принцип играет большую роль в реализации Принципа 10 Декларации Рио развивающимися государствами и государствами с переходной экономикой). Принцип 10 гласит, что «государства должны поощрять население участвовать в принятии решений делая информацию широко доступной». Политика Банка является еще одной возможностью реализации данного принципа. В соответствии с ней, кредитополучатель обеспечивает своевременный доступ к информации по проекту в той форме и на том языке, который понятен населению. Кредитополучатель также обеспечивает доступ к результатам оценки, а Банк открывает доступ к ним через свой Информационный Центр.

Положения процедурной политики Банка по планам деятельности в области окружающей среды⁷ направлены на подготовку государственного плана действий, направленных на защиту окружающей среды, правительствами государств кредитополучателей. Подготовка таких национальных планов включает глубокий анализ состояния управления природопользованием и охраной окружающей среды с целью определения стратегии решения проблем, которая может быть как кратковременной, так и долговременной. Одним из основных компонентов большинства национальных планов является оценка состояния экологического права государства кредитополучателя. Ключевыми проблемами обычно являются: определение основных проблем негативно влияющих на управление природопользованием и охраной окружающей среды; определение прямых и косвенных причин данных проблем; развитие альтернативных методов управления с целью их устранения; обсуждение источников финансирования, необходимых для осуществления данных задач.

В большинстве случаев полное исследование включает анализ существующих положений действующего законодательства, включая подзаконные правовые акты. Данные положения изучаются с целью определения их соответствия задачам, которые ставит перед собой правительство. После завершения данного анализа, предлагаются рекомендации: разработка и принятие новых законов, уточнение действующего законодательства, кодификация существующих положений в рамках нового закона, совершенствование механизма реализации правовых норм, повышение эффективности институтов. Обычно такие планы ориентируют государства на выполнение международных стандартов в области природопользования и охраны окружающей

среды. Имплементация данного положения Банка привела к подготовке национальных экологических планов практически всеми государствами кредитополучателями. Национальные планы, в свою очередь, способствуют подготовке планов помощи государствам в области охраны окружающей среды со стороны Всемирного Банка, и других заинтересованных источников финансирования.

Остальные правила Банка ориентированы на поддержку международного права окружающей среды в конкретных областях: сохранение природы, защита лесов, охрана водных ресурсов. Вопросы охраны окружающей среды поднимаются во многих проектах, финансируемых Банком, особенно в области сельского хозяйства, энергетики, транспорта. С целью обеспечения уважения принципов международного права окружающей среды в рамках данных проектов используются различные правовые механизмы. В кредитные соглашения включаются условия, направленные на повышение эффективности выполнения государствами международно-правовых обязательств по защите окружающей среды. Данные условия, на основе соглашения между Банком и государством, могут включаться и развиваться на нескольких стадиях проектного цикла, а их эффективность может быть проверена различными способами.

Во время стадии подготовки проекта и его оценки, особое внимание уделяется мерам по повышению экологических выгод и исключению, или, по крайней мере, уменьшению экологических рисков. Как уже было указано выше, экологическая оценка сегодня является обязательной для любого проекта, финансируемого Банком. Выводы, сформированные на основании оценки, влияют на подготовку проекта, его структуру, а требования по плану экологических действий и мерам, направленным на повышение их эффективности обычно включаются в кредитные соглашения по проектам. План действий или имплементационная программа с подробным описанием действий, которые должен произвести кредитополучатель, обычно оформляются приложением к соглашению о кредите. Как правило, такие программы включают описание основных действий при выполнении проекта, ответственных за выполнение этих действий, а также время или фазы выполнения соответствующей деятельности. Безусловно, эффективность здесь будет зависеть от степени детальности определения временных границ для выполнения каждой задачи, каждого действия. Если на стадии выполнения проекта появятся новые экологические проблемы,

в имплементационные процедуры могут быть внесены изменения согласно целям проекта. Все это обычно делается без изменения самого соглашения о займе, хотя само соглашение о займе может и включать положение о возможности внесения изменений в процессе выполнения проекта.

Конечно, предусмотренные в договоре положения сами по себе не могут обеспечить выполнение требуемых действий. В условиях договора есть требование к государству кредитополучателю, обеспечить составление отчетов по проекту и регулярно предоставлять их Банку, а персонал Банка регулярно осуществляет контроль за выполнением проекта. Кроме того, по выполнению проекта составляется заключительный отчет с детальным описанием проделанной работы по проекту, их стоимости и результатов. После выполнения проекта, он может быть подвергнут оценке Департаментом по оценке Банка на предмет уровня достижения целей проекта.

При невыполнении обязательств по договору государством кредитополучателем, Банк может применить санкции, как, например, приостановление выплат, прекращение кредитования. Однако наиболее распространенной санкцией, когда проект находится на стадии выполнения, является приостановление выплат. Те же действия могут быть предприняты в случае с грантом Глобального экологического фонда (GEF), как это было в случае с проектом в Конго в 1997 г.⁸ За приостановлением выплат может последовать аннулирование договора, прекращение кредитования, а в особых случаях и повышение суммы выплат по предоставленному кредиту.

Обычно государству сложно справиться со всеми проблемами, возникающими при приостановлении выплат. Кроме того, Банк может даже в этом случае требовать выполнения взятых обязательств. В итоге, если в установленный Банком период времени кредитополучатель все же не выполнил предусмотренные действия, все это может привести к повышению суммы долга, и к требованию Банка немедленно погасить задолженность в полном объеме. Конечно, это достаточно строгая мера со стороны Банка, и, пока, на практике она не применялась. Обычно, невыполнение условий договора ведет к изменению отношений между Банком и государством, и негативно влияет на возможность предоставления Банком последующих кредитов. Здесь важно отметить, что применение санкций будет последним шагом воздействия на государство с целью выполнения им условий проекта. Бесспорно

также то, что при невыполнении положений проекта Банк скорее будет вести диалог с государством, чем применять санкции. Ведь применение санкций означает прекращение контроля за выполнением проекта, а значит, Банк не сможет влиять на учет заложенных в проекте экологических интересов⁹.

Итак, контроль персонала Банка за выполнением проекта в купе с постоянным диалогом с государством по выполнению эффективности выполнения проекта является гораздо более эффективным средством повышения эффективности выполнения экологических требований при реализации проекта, чем применение санкций. Кроме того, Всемирный Банк не только принял необходимые стандарты по охране окружающей среды, но и создал эффективный механизм для оценки соответствия им своей деятельности. Этот беспрецедентный механизм – Инспекционный Совет Всемирного Банка, сравнить с которым можно разве что механизм рассмотрения индивидуальных жалоб Европейским Судом по правам человека, был создан в 1993 г. Похожие органы позднее были созданы в рамках Банка Межамериканского Развития в 1994 г. и Азиатского Банка Развития в 1995 г., что в очередной раз показывает степень влияния Банка на другие международные финансовые институты.

Инспекционный Совет Всемирного Банка является независимым, постоянным органом в структуре Банка, и состоит из трех членов различных государств-членов Банка, кандидатуры которых выдвигаются Президентом Банка и назначаются Исполнительными директорами Банка сроком на пять лет. Инспекционный Совет был создан для «обеспечения людей, прямо или косвенно пострадавших от проекта, финансируемого Банком специальным механизмом, через который они смогут требовать, чтобы Банк действовал в соответствии со своими политиками и процедурами»¹⁰. Инспекционному Совету предоставлен мандат исследовать, по разрешению Совета исполнительных директоров Банка, жалобы групп и индивидов (от имени не менее двух лиц), чьи права были нарушены или могут быть нарушены в результате неспособности Банка при осуществлении своей деятельности соответствовать собственным стандартам. Жалобы могут быть также поданы местным представителем пострадавших лиц, Советом исполнительных директоров Банка, и, в некоторых случаях, одним из исполнительных директоров. Чтобы ограничить роль неправительственных организаций, существует положение о том, что неместные представители

могут представлять пострадавших лишь в исключительных случаях, когда иное подходящее представительство невозможно.

Жалобы должны быть предоставлены в письменной форме и должны содержать информацию о том, как интересы пострадавших были нарушены (или могут быть нарушены) при реализации проекта, финансируемого Банком. Истец должен также доказать, что были исчерпаны все другие средства добиться обоснованного ответа от персонала Банка. После получения жалобы и её изучения, Инспекционный Совет может рекомендовать Совету исполнительных директоров Банка проведение полного расследования. Совет исполнительных директоров Банка обладает полной властью разрешить или отклонить рекомендацию о полном расследовании. До 1999 г. Исполнительные директора часто отклоняли рекомендации Инспекционного Совета о проведении расследования. Вместо этого принималось решение о необходимости составления Администрацией Банка «планов действий», что означало, что жалобы уже не будут подвергнуты полной оценке, а имплементация плана действий не будет находиться под серьезным наблюдением. Более того, истцы при таких решениях не получали реальной возможности доказать свою правоту. После внесения изменений 1999 г., Совет исполнительных директоров Банка поддержал все рекомендации о расследовании.

После получения разрешения на полное расследование, Инспекционный Совет ведет свою работу, используя также свое право на доступ ко всем материалам Банка. После расследования Инспекционный Совет предоставляет доклад с оценкой выполнения Банком своих внутренних правил. В течение 6 недель Администрация Банка должна предоставить Совету исполнительных директоров Банка доклад и рекомендации в соответствии с выводами Инспекционного Совета. Доклад Инспекционного Совета, рекомендации Администрации Банка и решение Совета исполнительных директоров Банка публикуются через две недели после решения Совета исполнительных директоров Банка.

Согласно выводам Инспекционного Совета Всемирный Банк не всегда следует своим правилам и процедурам. Для примера можно посмотреть отчёты Инспекционного Совета по управлению лесами (Камбоджи, 2006)¹¹, по созданию транспортной инфраструктуры в Мумбаи (Индия, 2005)¹², по проекту газовых трубопроводов (Нигерия, 2008)¹³. Большинство жалоб касаются защиты окружающей среды

и прав человека. В качестве иллюстрации, можно привести пример из деятельности Инспекционного Совета¹⁴.

В мае 1996 года Международная Ассоциация Развития (IDA) выдала кредит на 63 миллиона долларов на проект по улучшению состояния окружающей среды и социального уровня в секторе угольной промышленности в Индии. Первоначально планировалось усовершенствовать 25 шахт, а затем 495. Вопрос о соблюдении процедур встал по поводу только одной шахты – в районе Парей Ист – где две деревни пострадали от действий по развитию шахты. В 2001 г. Бина Станис, представитель местной неправительственной организации, представляя интересы Парей Ист, подала требование о проведении инспекции. Истцы жаловались, что не получили честной и адекватной компенсации за изъятые земли и деревни. Поэтому бывшие землевладельцы теперь вынуждены жить в колониях, без права собственности на землю, и не могут заниматься привычным делом. Все эти нарушения были подтверждены Инспекционным Советом. В частности, Инспекционный Совет отметил, что в рамках существующих правил Банка, предпочтение отдается подходу «земля за землю», то есть при выполнении проекта населению должна оказываться помощь в поиске другого участка земли, а не просто денежная компенсация. В то время как компания Coal India Ltd. пошла путем выплаты компенсации, да и то, не всегда адекватной.¹⁵

В рамках данного дела, по вопросам окружающей среды было поднято несколько важных проблем. Прежде всего, вопрос о защите лесов. В иске говорилось о том, что местные жители в качестве неформального дохода всегда использовали природные ресурсы, в частности ресурсы леса. При развитии шахт было уничтожено много участков леса, а работы по его восстановлению не были проведены. Следующий важный вопрос касался охраны верхнего почвенного слоя и ресторации почвы для сельскохозяйственных целей. Инспекционный Совет не получил каких-либо доказательств того, что работы по реабилитации земли вообще планировалась.

Несколько жалоб от населения поступило и по поводу ухудшения качества воды. Администрация Банка, прежде всего, указала на факт того, что ежемесячно Институтом планирования шахт составляется доклад о качестве воздуха, воды и уровне шума. Инспекционный Совет был ознакомлен с системами очистки использованной воды, и качество воды соответствовало стандартам. Важное замечание Инспекционного Совета касалось складирования отходов на территории шахт – данное

место было недостаточно надежно отгорожено от сельскохозяйственной земли. Поэтому Инспекционный Совет рекомендовал уделить большее внимание мониторингу за обращением с отходами. Еще одним вопросом была проблема доступа к воде, так как в Пинде, куда было переселено 20 семей, доступ к воде обеспечен не был, а колодцы были установлены только через 6 недель после переселения, а положения о доступе к воде вообще не было в планах подготовки к переселению, что, несомненно, является нарушением правил Банка.

В соответствии с ответом Администрации Банка от 2002 г., наблюдательные миссии посещали Парей Ист с 1996 г. по 2001 г. 18 раз; с 1997 года свою работу по независимой оценке деятельности компании Coal India Ltd. проводит Экологический и социальный комитет, в который входят и международные эксперты; а компания (CCL) дала согласие оказать помощь всем тем, кто пострадал в районе Парей Ист. Инспекционный Совет положительно отметил в своём докладе намерение Администрации Банка продолжать контроль за выполнением проекта и после выдачи кредита.

В июле 2003 г. Совет директоров обсудил представленный Инспекционным Советом доклад по проведенной инспекции, ответ и рекомендации Администрации Банка. Совет директоров согласился с выводами Инспекционного Совета, отметив вместе с тем тот факт, что в целом данный проект оказал позитивное экологическое и социальное воздействие на политику индийской угольной компании и почти 90 % тех, кто понес ущерб в Парей Ист, получили компенсацию до завершения проекта. Совет директоров утвердил План действий Администрации Банка, в соответствии с которым контроль и мониторинг данного проекта будет продолжаться, и Совету директоров будут представляться регулярные доклады. Кроме вопроса компенсации тем, кому был нанесен ущерб при выполнении проекта, Совет директоров также выделил важность выполнения положений по охране окружающей среды. Прежде всего, это качество воды в новых местах жительства переселенного населения, и возвращение земель сельскохозяйственного назначения. В 2004 г. Компания CCL проинформировала о том, что было посажено 17 000 деревьев, проведена другая работа по улучшению качества окружающей среды. Наблюдение за качеством воды со стороны Банка будет продолжаться дальше.

С целью повышения эффективности деятельности Инспекционного Совета, в литературе предлагаются следующие рекомендации:

Всемирный Банк должен более чётко определить правила, касательно защиты окружающей среды; неправительственные организации должны получить право подавать иски в Инспекционный Совет в защиту публичных интересов; мандат Инспекционного Совета должен быть расширен, и включать осуществление контроля за выполнением рекомендаций, предложенных Инспекционным Советом после проведённого расследования, а также превентивную функцию¹⁶. Тем не менее, важно понимать, что сам факт проводимого Инспекционным Советом расследования, уже благотворно влияет на эффективность выполнения правил Всемирного Банка.

Основные выводы

Всемирный Банк не только принял необходимые стандарты в области охраны окружающей среды, но и создал эффективный контрольный механизм для оценки соответствия своей деятельности принятым им самим высоким стандартам¹⁷. Однако, несмотря на существование Инспекционного Совета, Всемирный Банк не всегда следует своим внутренним правилам. Соответственно, своевременным представляется провести некоторые изменения. Например, Банк должен провести деятельность по уточнению своих процедур и политик, особенно это касается вопросов охраны окружающей среды, так как в данной области политики Банк должны быть точными и четкими, ясными для понимания и применения. В тех же случаях, когда Инспекционный Совет получил от Банка недостоверную информацию, важно выяснять причины таких ошибок со стороны персонала Банка. Важной проблемой является и кратковременность улучшений после проведения расследований Инспекционным Советом. Представляется, что для долговременного устойчивого улучшения ситуации мандат Инспекционного Совета должен включать превентивные меры, мониторинг после проведенного расследования и право Инспекционного Совета давать рекомендации после проведенного расследования.

Заключение

Международно-правовое регулирование экологически обоснованной экономической деятельности, несмотря на тот факт, что сегодня государства ещё не в полной мере готовы к дальнейшему продвижению этой идеи, будет только совершенствоваться. Представляется, что невысокая эффективность для защиты окружающей среды от закрепления

экологических положений в международных инвестиционных и торговых соглашениях объясняется, прежде всего, именно этой неготовностью. Когда рассматривается спор, экономические интересы всегда преобладают над экологическими. Редкие исключения имеют место, когда дело касается защиты человеческой жизни и его здоровья (Asbestos case; Brazilian tyres case; Methanex v. US case), и только одно – направлено исключительно на защиту окружающей среды (US – Shrimp case 2). Представляется, что на сегодняшний день наиболее эффективным механизмом учёта экологических интересов при международно-правовом регулировании экономической деятельности являются международные финансовые институты, ведь при осуществлении соответствующей деятельности они не мотивированы получением прибыли – экологические меры являются обязательным условием получения кредита, а не дополнительной нагрузкой инвестора или торговой кампании.

Экологически обоснованная экономическая деятельность должна стать важной частью международно-правового регулирования, так как это соответствует идеям прогрессивного развития международного права. Как определил Международный суд ООН в деле *Gabcikovo/Nagymaros*: «Необходимость соотносить экономическое развитие с защитой окружающей среды частично выражена в концепции устойчивого развития»¹⁸.

¹ OP 4.36 – Forests. URL:

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20064668~menuPK:64701637~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184~isCURL:Y,00.html> (дата обращения: 05.11. 2012)

² OP 4.01 – Environmental Assessment. URL:

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20064724~menuPK:64701637~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html> (дата обращения: 07.11. 2012).

³ Participation of the Russian Federation and Newly Independent States of the former Soviet Union in the International Environmental Agreements / World Bank, Environmental Department. March 1996.

⁴ I.F.I.Shihata. The World Bank's Contribution to the Development of International Environmental Law / Liber Amicorum / Ed. G.Hafner and others. The Hague/London/Boston, 1998. P. 634.

⁵ OP 4.01. URL:

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20064724~menuPK:64701637~pagePK:64709096~piPK:64709108~theSitePK:502184,00.html> (дата обращения: 10.11.2012).

⁶ OP 4.02 – Environmental Action Plans. URL:

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/EXTPOLICIES/EXTOPMANUAL/0,,contentMDK:20064606~pagePK:64141683~piPK:64141620~theSitePK:502184,00.html> (дата обращения: 10.11.2012).

⁷ Shihata I. *The World Bank Inspection Panel: In Practice*. Oxford, 2001.

⁸ Более подробно с данным положением можно ознакомиться I. Shihata. *Implementation, Enforcement and Compliance with International Environmental Agreements-Practical Suggestions in Light of the World Bank's Experience* // *Georgetown International Environmental Law Review*. 1996. V. 9. P. 47-51; P. Sand. *International Economic Instruments for Sustainable Development : Sticks, Carrots and Games* // *Indian Journal of International Law*. 1996. V. 36(2). P. 1-16.

⁹ The International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) (Resolution No. 93-10) and the International Development Association (IDA) (Resolution No. 93-6) / *The Inspection Panel for the International Bank for Reconstruction and Development and International Development Association, Operating Procedures* // *ILM*. 1995. V. 34.

¹⁰ *Inspection Panel Investigation Report regarding Cambodia: Forest Concession Management and Control Pilot Project (2006)*. URL: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,menuPK:64132057~pagePK:64130364~piPK:64132056~theSitePK:380794,00.html> (дата обращения: 15. 11.2012).

¹¹ *Inspection Panel Investigation Report regarding India: Mumbai Urban Transport Project (2005)*. URL: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,menuPK:64132057~pagePK:64130364~piPK:64132056~theSitePK:380794,00.html> (дата обращения: 15. 11.2012).

¹² *Inspection Panel Investigation Report regarding Ghana/Nigeria: West African Gas Pipeline Project (2008)*. URL: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTIONPANEL/0,,menuPK:64132057~pagePK:64130364~piPK:64132056~theSitePK:380794,00.html> (дата обращения: 15. 11.2012).

¹³ О других делах из практики Инспекционного Совета: Нурмухаметова Э.Ф. *Инспекционная Комиссия Всемирного Банка: вклад в устойчивое развитие* // *Московский журнал международного права*. 2006. № 4. С. 129–145.

¹⁴ Было отмечено нарушение следующих процедур: *Involuntary Resettlement (OD 4.30)*, *Indigenous Peoples (OD 4.20)*, *Environmental Assessment (OD 4.01)*, *Project Supervision (OD 13.05)*, *Disclosure of Information (BP 17.50)*, and *Management of Cultural Property (OPN 11.03)*.

¹⁵ I. Shihata. *The World Bank Inspection Panel – Its Historical, Legal and Operational Aspects* / *The Inspection Panel of the World Bank: a Different Complaints Procedure* / Ed. by G. Alfredsson and R. Ring. 2001; A. G. Gualtieri. *The Environmental Accountability of the World Bank to Non-State Actors: Insights from the Inspection Panel* // *The British Year Book of International Law*. 2001; I. Shihata. *The World Bank Inspection Panel: In Practice*. Oxford, 2001; D. Hunter. *Using the World Bank Inspection Panel to Defend the Interests of Project-Affected People* // *Chi. J. Int'l L.* 2003. V. 4. P. 210; A. Umana. *Some Lessons from the Inspection Panel's Experience* / *The Inspection Panel of the World Bank: a Different Complaints Procedure* / Ed. G. Alfredson and R. Ring. 2001. P. 138; E. Nurmukhametova.

Several Problems Concerning the Efficiency of the World Bank Inspection Panel activity.
P. 422.

¹⁶ См. об Инспекционном Совете Всемирного Банка: www.inspectionpanel.org.

¹⁷ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) (Order) [1997] ICJ Rep 3.

Enforcement of the Environmental Protection by the means of Economic Activity Regulations: International Law Perspective (Part 2) (Summary)

*Elvira F. Pushkareva**

The article addresses three directions in the International law, those developments may lead to the efficiency increase of in enforcement of the environmental protection by the means of Economic Activity Regulations. Those directions include the Environmental Protection in the WTO, Environmental Provisions of International Investment Agreements and Environmental Policy of the International Financial Institutions.

Keywords: International Environmental Law; International Economic Law; Environmental Provisions of International Investment Agreements; Environmental Policy of the International Financial Institutions; Environmental Protection in the WTO.

* Elvira F. Pushkareva – Doctor of Laws, Senior Researcher, Center for Reproductive Forces, Russian Academy of Sciences.

МЕЖДУНАРОДНОЕ КОСМИЧЕСКОЕ ПРАВО

52-я сессия Юридического подкомитета Комитета ООН по космосу и проблемы международного космического права

*Жуков Г.П.**

*Волынская О.А.***

Комитет ООН по космосу¹, включающий Научно-технический и Юридический подкомитеты, является главным международным центром взаимодействия государств и международных организаций в сфере космической деятельности (далее КД)².

Современные вызовы КД – ее коммерциализация, с одной стороны, и необходимость обеспечения безопасности и долгосрочного устойчивого развития, с другой, заставили Комитет ООН по космосу пересмотреть традиционные приоритеты своей деятельности.

В настоящей статье будут рассмотрены результаты прошедшей в апреле 2013 г. очередной сессии Юридического подкомитета и их влияние на формирование нового политико-правового режима мировой космической деятельности.

Ключевые слова: Комитет ООН по космосу; Юридический подкомитет; космическая деятельность; коммерциализация; международное космическое право.

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

** Волынская Ольга Александровна – аспирант Международно-правового факультета Всероссийской академии внешней торговли; консультант международно-правового отдела Международно-договорного управления Федерального космического агентства (Роскосмос). o.a.volynskaya@roscosmos.org.

Среди тринадцати пунктов повестки дня³ прошедшей сессии Юридического подкомитета Комитета ООН по космосу (далее ЮПК) наибольший интерес с точки зрения науки международного космического права представляют следующие вопросы: статус и применение пяти договоров ООН по космосу; вопросы, касающиеся определения и делимитации космического пространства; национальное законодательство, имеющее отношение к исследованию и использованию космического пространства в мирных целях; рассмотрение и обзор событий, касающихся Протокола к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования применительно к космическому имуществу; обзор международных механизмов сотрудничества в исследовании и использовании космического пространства в мирных целях. Далее будут представлены результаты рассмотрения указанных проблем в ЮПК.

Статус и применение пяти договоров ООН по космосу

За 60-е – 70-е годы XX века, «золотой век» международного космического права (далее МКП), были разработаны и приняты все основные международные соглашения, заложившие фундамент МКП и ставшие правовой основой мировой космической деятельности: Договор по космосу (1967 г.)⁴, Соглашение о спасании (1968 г.)⁵, Конвенция об ответственности (1972 г.)⁶, Конвенция о регистрации (1975 г.)⁷ и Соглашение о Луне (1979 г.)⁸

Итоги развития МКП в XX веке были подведены на Третьей конференции ООН по исследованию и использованию космического пространства в мирных целях (ЮНИСПЕЙС-III)⁹ в 1999 году и нашли отражение в Венской декларации о космической деятельности и развитии человеческого общества «Космос на рубеже тысячелетий»¹⁰. Признавая важный вклад космической науки и техники в обеспечение благосостояния человека, экономическое, социальное и культурное развитие, подтверждая общую заинтересованность всего человечества в достижении прогресса в области исследования и использования космоса, Декларация провозгласила стратегию решения в будущем ряда глобальных задач, среди которых укрепление статуса космической деятельности в рамках ООН. Поставленная задача должна быть решена, в частности, поощрением усилий Комитета ООН по космосу по «разработке норм космического права путем обращения с призывами к государствам ратифицировать или принять разработанные Комитетом договоры

по космосу, а также путем обращения к межправительственным организациям заявить о принятии этих договоров и путем обеспечения дальнейшего развития космического права для удовлетворения потребностей международного сообщества, уделяя особое внимание потребностям развивающихся стран и стран с переходной экономикой»¹¹.

Поставленная задача легла в основу создания в рамках ЮПК Рабочей группы по статусу и применению пяти договоров Организации Объединенных Наций по космосу под председательством известного бельгийского юриста Ж.-Ф. Майенса. Ежегодно Рабочая группа отслеживает изменения статуса основных космических соглашений, выявляет факторы, препятствующие присоединению к ним большего числа сторон, и вырабатывает предложения по стимулированию участия государств и международных организаций в указанных соглашениях.

На 52-й сессии ЮПК в апреле 2013 г прозвучали заявления о том, что международное космическое право является залогом долгосрочной устойчивости КД, и в связи с этим важно отслеживать практику применения норм МКП с учётом изменения условий и необходимости обновления действующих норм МКП. Соответственно, могут быть разработаны новые международно-правовые инструменты. Таким инструментом, по мнению российской делегации, может стать всеобъемлющая Конвенция по МКП, которая устранил противоречия положений действующих космических соглашений и создаст универсальный международно-правовой режим КД с учетом современных требований и по примеру Конвенции международного морского права 1982 г.¹²

В противовес российской инициативе делегация ФРГ предложила сосредоточить внимание ЮПК на применении документов ООН по космосу, не имеющих юридически обязательной силы, но которые, по мнению выступавших, следует принимать во внимание при толковании МКП¹³.

Особо следует отметить ответное заявление видного юриста-международника, директора Европейского центра космического права С. Маркизио, который напомнил участникам нынешней сессии о том, что толкование МКП не входит в компетенцию Комитета ООН по космосу и его подкомитетов, что только государства участники соответствующих соглашений вправе толковать их нормы. Такое полномочие может быть передано Комитету отдельным документом, принятым его членами на основе консенсуса.

Проф. Маркизио отметил, что в МКП отсутствует четкая иерархия соглашений, ни в одном из пяти документов не закреплено верховенство его юридической силы над остальными космическими соглашениями¹⁴. Тем самым, не исключен потенциальный конфликт международно-правовых норм на практике.

В продолжение дискуссии о роли рекомендательных норм МКП делегация Японии предложила новый пункт повестки дня «Общий обмен информацией о практике в отношении юридически необязательных документов, касающихся космической деятельности»¹⁵, предусматривающий сбор соответствующих данных на уровне ООН и обмен ими. Учитывая, что государства участники Комитета ООН по космосу рассматривают возможности оптимального преодоления современных вызовов в области исследования и использования космического пространства в мирных целях и что международное космическое сообщество не располагает достаточной информацией о том, как государства и международные организации применяют принципы, декларации, руководящие принципы, принятые резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН, следует с вниманием оценить предложение делегации Японии. По её мнению, было бы полезно провести оценку того, в какой степени и каким образом отдельные государства применяют на практике эти инструменты при ведении дел на национальном уровне и в рамках международной деятельности. Работа по новому пункту повестки дня начнется уже в 2013 году.

Определение и делимитация космического пространства

Попытки дать определение космическому пространству предпринимаются с 1966 года в рамках ЮПК¹⁶. Однако на сегодняшний день не выработано единого подхода в ЮПК по этой проблеме. Только в Договоре по космосу рассматриваемый термин употребляется 38 раз, однако его содержание не раскрывается.

За прошедшие почти полвека позиции государств по данному вопросу практически не изменились. США считают делимитацию воздушного и космического пространств угрозой современной КД и традиционно отстаивают принятие решения о применимом праве (воздушное или космическое) в каждом конкретном случае эксплуатации КА на практике (функциональный подход)¹⁷. Российская Федерация выступает за договорное разграничение воздушного и космического пространств и, соответственно, их правовых режимов¹⁸. Как долго продлится

противоборство сторон в ЮПК, покажет время. По мнению ряда российских юристов в международном праве сложился обычай, в соответствии с которым космическое пространство начинается с высоты минимальных перигеев орбит искусственных спутников Земли (около 100 км над уровнем моря)¹⁹.

Национальное космическое законодательство

В 2008 г. ЮПК взял курс на систематизацию и детальный анализ действующих внутренних правовых режимов космической деятельности стран мира²⁰. В рамках Рабочей группы по национальному законодательству, имеющему отношение к исследованию и использованию космического пространства в мирных целях, под председательством проф. И. Марбо (Австрия) с 2008 по 2013 гг. было проведено фундаментальное исследование национального космического права и определены ключевые правовые блоки, которые полностью соответствуют требованиям МКП и должны лежать в основе каждого нового законодательства по космосу²¹:

1. Сфера применения национального космического права;
2. Выдача разрешений и лицензий;
3. Безопасность космической деятельности;
4. Наблюдение за деятельностью неправительственных юридических лиц;
5. Регистрация космических объектов;
6. Ответственность и страхование космических рисков;
7. Передача прав собственности или контроля в отношении космических объектов.

На апрельской сессии 2013 г. ЮПК подчеркнул, что, несмотря на специфику национального законодательства по космосу, действующие и вновь создаваемые правовые режимы в обязательном порядке должны обеспечивать выполнение государствами своих международных обязательств, прежде всего в части использования космоса в мирных целях, ответственности за всю национальную космическую деятельность, обмена информацией о характере, ходе и результатах КД²².

Промежуточные итоги работы Рабочей группы ЮПК были представлены на 52-й сессии ЮПК в виде проекта рекомендаций по национальному законодательству, имеющему отношение к исследованию и использованию космического пространства в мирных целях²³.

Протокол УНИДРУА по космическому имуществу

8 апреля 2013 г. в рамках сессии ЮПК был проведен симпозиум Международного института космического права и Европейского центра космического права по текущему состоянию переговорного процесса и перспективных работах по Протоколу к Конвенции УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования применительно к космическому имуществу, который был принят в 2012 г.

Преимуществами Протокола являются введение нового вещного права в отношении космического имущества, которое гарантирует возврат инвестиций кредиторов в космические проекты и стимулирует привлечение инвестиций в отрасль что, в свою очередь, позволит предприятиям среднего бизнеса обращаться за финансированием собственных космических проектов под залог создаваемого (используемого) имущества и обеспечить здоровую конкуренцию ведущим операторам на мировом космическом рынке. Протокол является первым инструментом космического права, регулирующим частноправовые отношения²⁴.

Считая вводимый Протоколом международно-правовой режим угрозой своей монополии на международном рынке, ведущие промышленные и финансовые структуры (в общей сложности порядка 100 компаний) выступили с резкой критикой документа. По их мнению, на сегодняшний день в принятии Протокола нет необходимости, так как отсутствует проблема недофинансирования космического рынка. Более того, любые наднациональные правовые ограничения, ненужные бюрократические препятствия будут иметь резко негативные последствия для нормальных деловых операций, так как двухуровневые требования к коммерческим компаниям по международному и национальному праву станут «ненужным, сбивающим с толку и громоздким препятствием для финансовых операций»²⁵, противоречащим сложившейся рыночной практике. Очевидно, такая позиция имеет целью не допустить либерализацию мирового космического рынка, что в корне противоречит фундаментальным принципам равенства и недискриминации при осуществлении КД.

Несмотря на утверждение текста Протокола, не решены следующие проблемы:

1. четко не определена сфера применения Протокола, не согласовано определение «космического имущества» (space assets), которое является новаторским в космическом праве;

2. не установлен порядок регламентации прав нескольких кредиторов в отношении одного и того же или связанного имущества (транспондеры);

3. не согласована концепция «публичных услуг», которая позволяет должнику, оказывающему такие услуги, получить отсрочку в применении против него санкций кредитора).

В настоящее время в рамках УНИДРУА готовится официальный комментарий к Космическому протоколу, в котором, как ожидается, будут раскрыты основные проблемные вопросы документа и приведены варианты их решения.

Международные механизмы сотрудничества в космосе

Резолюция ГА ООН 1472, учредившая Комитет ООН по космосу, содержала важное положение: «Организация Объединенных Наций должна способствовать международному сотрудничеству в области мирного использования космического пространства». Данная декларативная норма была позднее отражена в ст. III Договора по космосу и превратилась в один из основополагающих принципов МКП.

На прошедшей апрельской сессии ЮПК 2013 г. было принято решение о создании Рабочей группы по обзору международных механизмов сотрудничества в исследовании и использовании космического пространства в мирных целях под председательством проф. С. Аоки (Япония). Задачами Рабочей группы на ближайшие пять лет являются изучение концепции «международное сотрудничество» в МКП, основных международно-правовых актов, регулирующих вопросы международного сотрудничества, типов, уровней, условий, задач сотрудничества, опыта правотворчества отдельных государств в обеспечение реализации проектов и программ международного сотрудничества в космической сфере²⁶.

Особая значимость вновь созданной Рабочей группы подтверждается общим стремлением ведущих космических держав и новых участников космической деятельности в максимально возможной степени объединять свои возможности и ресурсы для реализации совместных амбициозных проектов и программ, требующих колоссальных средств и усилий, которые могут быть обеспечены только посредством международной кооперации.

Перспективы ЮПК

По итогам 52-й сессии ЮПК необходимо отметить следующее.

Позиции противоборствующих сторон по ключевым вопросам МКП в целом остаются неизменными на протяжении более полувека. Политику ЮПК традиционно определяют космические державы (США, Россия, КНР, Япония), обладающие достаточным космическим потенциалом, прежде всего собственной независимой пусковой инфраструктурой. Развивающиеся страны имеют возможность выступать с инициативами, однако в подавляющем большинстве случаев сталкиваются с противодействием ключевых игроков на мировой космической арене.

В целом работа ЮПК остается чересчур формализованной, мало динамичной и инертной. Который год звучат предложения о необходимости обеспечить более тесную координацию деятельности ЮПК и Научно-технического подкомитета, которые пока остаются нереализованными.

Вместе с тем, по отдельным важным проблемам принимаются рекомендации и предлагаются пути их решения. Благодаря активизации участия экспертов Японии в деятельности ЮПК появились новые интересные направления исследований, которые, возможно, станут стимулировать нормотворческий процесс на уровне ООН и способствуют разрешению давних правовых вопросов.

На сегодняшний день можно отметить тенденцию постепенного оживления деятельности ЮПК, главным стимулом которой, по единогласному мнению участников Подкомитета, станет широкое привлечение к работе ЮПК молодых специалистов и большая открытость новым прогрессивным идеям.

¹ Создан резолюцией ГА ООН 1472 (XIV) от 12 декабря 1959 г.

² Предложения о создании универсальной космической организации выдвигались учеными начиная с 1950 года. Официально с подобной инициативой о создании Всемирной космической организации (ВКО) впервые выступил СССР в 1980 году. Предполагалось, что организация, действуя в тесной связи с ООН, сможет централизованно решать задачи глобального характера, связанные с развитием космической деятельности, будет способствовать доступу всех стран к использованию космического пространства, придаст новый импульс исследованиям космоса. Из-за принципиальных разногласий развитых и развивающихся стран предложение реализовано не было / Подробнее см.: Горов К. Каменецкая Е.П. Проблемы развития космического права // Вне конфронтации. Международное право в период холодной войны. Сборник статей. М.: Издательство «Спарк», 1996. С. 284-288.

³ Проект отчета 52-й сессии ЮПК A/AC.105/C.2/L.290/Add.4 от 18.04.2013.

⁴ UN GA Res. 2222 (XXI). Treaty On Principles Governing The Activities Of States In The Exploration And Use Of Outer Space, Including The Moon And Other Celestial Bodies. 1499th plenary meeting, 19 December 1966 / United Nations Treaties and Principles on Outer Space. NY: United Nations Publ., 2008. P. 3-9. Договор был открыт для подписания 27.01.1967, вступил в силу 10.10.1967.

⁵ UN GA Res. 2345 (XXII). Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space. 1640th plenary meeting, 19 December 1967 / United Nations Treaties and Principles on Outer Space. NY: United Nations Publ., 2008. P. 9-13. Соглашение было открыто для подписания 22.04.1968 и вступило в силу 03.12.1968.

⁶ UN GA Res. 2777 (XXVI). Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects. 1998th plenary meeting, 29 November 1971 / United Nations Treaties and Principles on Outer Space. NY: United Nations Publ., 2008. P. 13-22. Конвенция была открыта для подписания 29.03.1972 и вступила в силу 01.09.1972.

⁷ UN GA Res. 3235 (XXIX). Convention on the Registration of Objects Launched into Outer Space. 2280th plenary meeting, 12 November 1974 / United Nations Treaties and Principles on Outer Space. NY: United Nations Publ., 2008. P. 22-27. Конвенция была открыта для подписания 15.01.1975 и вступила в силу 15.09.1976.

⁸ UN GA Res. 34/68. Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies. 89th plenary meeting, 5 December 1979 / United Nations Treaties and Principles on Outer Space. NY: United Nations Publ., 2008. P. 27-35. Соглашение было открыто для подписания 18.12.1979 и вступило в силу 11.07.1984.

⁹ Главными целями ЮНИСПЕЙС-III были содействие эффективному использованию космической техники, поддержка развивающихся стран и предоставление им доступа к использованию результатов космических исследований для экономического и культурного развития, а также активизация международного сотрудничества в области космической науки и техники и их практического применения / Документ ООН A/Conf.184/6 от 30.07.1999, с. 21.

¹⁰ Там же.

¹¹ Пункт 1.e(iv) Декларации.

¹² Впервые российская делегация выступила с данным предложением в 1999 г. на 38 сессии ЮПК (Рабочий документ A/AC.105/C.2/L.213). Предложение подверглось критике,

в первую очередь, со стороны Соединенных Штатов, выступивших за глобализацию действующего режима по космосу путём приведения национального космического законодательства в соответствие с нормами МКП (пп. 69-70, 99 документа ООН А/АС.105/738). Данный вопрос поднимается ежегодно на сессиях ЮПК. Российскую инициативу поддерживают КНР, Греция и Колумбия, в ответ появились новые контраргументы, к примеру, о том, что «разработка нового всеобъемлющего документа по космическому праву может подорвать существующий правовой режим космической деятельности» (п. 176 документа ООН А/64/20). Единого мнения по данному вопросу в Комитете ООН по космосу пока не достигнуто..

¹³ Так, например, по мнению представителя немецкой делегации, при толковании термина «ущерб» в МКП исходя из норм Конвенции об ответственности 1972 г. необходимо в данное понятие включать ущерб окружающей среде Земли и космоса. Также целесообразно рассмотреть вопрос о международной ответственности государств, которые *de jure* не являются запускающими, однако осуществляют юрисдикцию и контроль над потенциально опасными космическими объектами.

¹⁴ Важно, что в преамбулах ключевых резолюций ГА ООН по вопросам толкования концепции «запускающее государство» (резолюция 59/115 от 10.12.2004) и практике регистрации космических объектов (резолюция 62/101 от 17.12.2007) прямо закреплено, что указанные резолюции не имеют целью толковать соответствующие нормы соглашений по космосу.

¹⁵ Документ ООН А/АС.105/С.2/Л.291.

¹⁶ Пункт 19 Резолюции ГА ООН 2222 (XXI).

¹⁷ В рамках «функционального» подхода к рассматриваемой проблеме воздушное и космическое пространство рассматриваются как одно целое и не подлежит искусственному разделению. Правовые режимы указанных пространств действуют параллельно и применяются в зависимости от природы деятельности государств в космосе и конечных ее целей. Подробнее см., например: *The Law of Outer Space by Manfred Lachs / Edited by Masson-Zwaan T., Hobe S. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden/Boston, 2010. P. 53-54; Международное космическое право: Учебник / Отв. ред. А.С. Пирадов. С. 137-138.*

¹⁸ Подробнее об истории проблемы см.: Mandl V. *Das Weltraum-Recht: Ein Problem der Raumfahrt.* Mannheim, Berlin, Leipzig; J. Bensheimer, 1932. 48 p.; Korovin E. *La Conquête de la Stratosphère et le Droit International // Revue Générale de Droit International Public.* 1934. Vol. 41, no. 6. P. 675-686; Hobe S. *Current and Future Development of International Space Law // Disseminating And Developing International and National Space Law: the Latin America and Caribbean Perspective. Proceedings of the United Nations/Brazil Workshop on Space Law.* United Nations, New York, 2005. P. 2-24; *The Law of Outer Space by Manfred Lachs, p. 53-54 и др.*

¹⁹ Г.П. Жуков. *Международное космическое право и вызовы XXI столетия.* М.: РУДН, 2011. С. 52.

²⁰ Пункт 138 документа ООН А/АС.105/917; п. 4 Резолюции ГА ООН 63/90.

²¹ Пункт 4 документа ООН А/АС.105/С.2/2011/CRP.4.

²² Пункт 9 параграфа 12 документа ООН А/АС.105/С.2/2011/CRP.4.

²³ Документ ООН А/АС.105/С.2/Л.289.

²⁴ Подробнее о Протоколе см.: Goode R. *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing // UNIDROIT, URL: <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/>*

depositoryfunction/information/overview.pdf (дата обращения: 28.04.2013); Stanford M.J. The preliminary Draft Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters specific to Space Assets // United Nations/Thailand Workshop on Space Law «Activities of states in outer space in light of new developments: meeting international responsibilities and establishing national legal and policy frameworks» (Bangkok, 16-19 November 2010); Вольнская О.А., Десятов А.А. Берлинский протокол по космическому имуществу 2012 года: теория и практика // Московский журнал международного права. 2012. № 4(88). С. 75-85.

²⁵ Letter to UNIDROIT // ESOA, URL: <http://www.esoa.net/upload/files/news/unidroit/20111209industryletter.pdf>, (дата обращения: 28.04.2013).

²⁶ Пункты 175-179 рабочего документа ООН А/АС.105/1003.

²⁷ Established by UN GA Resolution 1472 (XIV) of 12 December 1959.

52nd Session of the Legal Subcommittee of the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space and the Problems of International Space Law (Summary)

*Gennady P. Zhukov**

*Olga A. Volynskaya***

The UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space²⁷, which consists of the Scientific and Technical and the Legal Subcommittees, is the main international centre for the interaction of states and international organizations in the area of space. Current challenges of space operations commercialization on the one hand, security and long-term sustainability on the other have forced the Committee to reassess the traditional priorities of its activity.

The present article considers the results of the latest session of the Legal Subcommittee of April 2013 and their influence on the establishment of a new political and legal regime of the global space activities.

Key words: UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space; Legal Subcommittee; 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; Counsel of the International Law Division, International Cooperation and Contractual Department, Federal Space Agency (Roscosmos). o.a.volynskaya@roskosmos.org.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ВОЗДУШНОЕ ПРАВО

Единое региональное небо: концепция и реальность

*Малеев Ю.Н.**

В последние годы в авиационных кругах мира приобретает популярность концепция единого регионального неба. В Евросоюзе она получила закрепление в соответствующем соглашении 2006 года. Ключевой момент Соглашения: право совершать полеты в любое государство – участник Соглашения без ограничений относительно выбора маршрута и количества (частоты) полетов, а также возможность реализации такого права любой из авиакомпаний, зарегистрированных в государстве-участнике. Воздушное пространство разделяется на функциональные «блоки» в зависимости от потоков воздушного движения, а не от национальных границ.

Ключевые слова: воздушное пространство; единое региональное небо; полеты воздушных судов; функциональные блоки воздушного пространства; маршрут полета; количество (частота) полетов.

Концепция (идея) Единого регионального неба (ЕРН) по своей сути довольно проста. По мере того, как в пределах определенного региона, объединяющего территории или части территорий различных государств, все интенсивнее совершаются полеты воздушных судов различного вида, все более обременительной для всех участников (сторон, лиц и т.п.) становится регламентация «региональной аэронавигации» каждым из государств самостоятельно в пределах своей суверенной части такого региона. Унификация соответствующих норм (правил)

* Малеев Юрий Николаевич – д.ю.н., профессор кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. prof.maleev@mail.ru.

в пределах всего региона несет неоспоримые преимущества во многих отношениях, не только в вопросах воздушного движения как такового. Эти преимущества давно подсчитаны, и еще в 90-х годах прошлого века Евросоюз (ЕС) содействовал разработке проекта Соглашения о Едином европейском небе (далее – ЕЕН)¹. Эти усилия активизировались после столкновения над Боденским озером в июле 2002 г. самолета Ту-154 («Башкирские авиалинии») с «Боингом 757» (компания DHL).

В конце концов, в 2006 году указанное Соглашение было подписано. Им предусмотрено создание единого аэронавигационного региона в Европе (ЕСАА) между Евросоюзом и его государствами-членами и десятью соседними государствами. (Т.е. в данном случае «европейское небо», в силу открытости соглашения, частично, в географическом смысле, может быть «не совсем европейским»).

Ключевой момент Соглашения: право совершать полеты в любое государство – участник Соглашения без ограничений относительно выбора маршрута и количества (частоты) полетов, а также возможность реализации такого права любой из авиакомпаний, зарегистрированных в государстве-участнике. Воздушное пространство при этом разделяется на функциональные «блоки» в зависимости от потоков воздушного движения, а не от национальных границ. Это – кардинальная новелла не только в международном воздушном праве, а вообще в институте суверенитета государств.

В этом плане в 2008 году Соглашение было дополнено (можно сказать, конкретизировано) путем принятия пакета актов «Единое европейское небо II», которые закрепили в ЕЕН 9 таких функциональных блоков воздушного пространства, или зон контроля. А правила использования воздушного пространства применяются при тесном сотрудничестве между военными и гражданскими его пользователями. Тоже «революционная» норма, поскольку военные пользователи принадлежат к различным государствам и заинтересованы не раскрывать перед иностранными «партнерами» свои планы по использованию воздушного пространства (со «своими» тесно сотрудничать несложно)².

Реализация Соглашения его участником связана с необходимостью выполнения им ряда условий. А.В. Слипченко, исследовавшая данный вопрос в своей диссертации, выделяет следующие условия³: переход на общие правила обеспечения безопасности полетов (управления воздушным движением), авиационной безопасности; гарантия прав пассажиров; взаимная либерализация рынков авиационных услуг;

расширение экономических возможностей для авиационных операторов с обеих сторон; сближение украинского авиационного законодательства с нормами и стандартами ЕС; создание эффективных условий для обеспечения научно-технологического сотрудничества в авиационной отрасли; взаимный доступ к рынкам авиаперевозок и свободе их организации, с равными условиями конкуренции; гармонизация правил охраны окружающей среды⁴.

Защита интересов национальных авиаперевозчиков – приоритет для каждой из сторон таких переговоров. Соответственно представители ЕС будут стремиться к юридическому закреплению максимального упрощенного доступа на украинский рынок авиаперевозок европейских компаний в ущерб экономическому состоянию украинских авиаперевозчиков, не способных на равных конкурировать с их европейскими партнерами.

Особого внимания требует вопрос о возможном изменении районов полетной информации (РПИ), что предполагает ссылку в Соглашении на действующие границы РПИ и договоренности об этом между государствами, которые не являются членами ЕС. В частности, необходимо непременно согласовать обязательства сторон переговорного процесса по другим договорам в данной сфере. Отмечена целесообразность для Украины сделать оговорку относительно того, что Украина оставляет за собою право не участвовать в мероприятиях, связанных с организацией воздушного движения, которые могут иметь негативные последствия в вопросах национальной безопасности и обороны Украины.

Выделены также следующие важные аспекты в рассматриваемом плане:

- признание юрисдикции международных судов, арбитража и судов иностранной юрисдикции с преимущественным, однако, представлением дел в суды национальной юрисдикции;

- включение, при предварительной договоренности сторон, в Соглашение раздела «Промышленное сотрудничество», в рамках которого необходимо определить возможный механизм сертификации продукции украинских авиапроизводителей;

- гармонизировать свое национальное законодательство со всеми нормами ЕС в сфере авиации;

- разработать дорожную карту относительно создания общего авиационного пространства между Украиной и ЕС (государствами – участниками Соглашения о Едином европейском небе);

– найти общее решение относительно взаимного признания сторонами сертификатов и свидетельств, признание ЕС авиационных продуктов, уже сертифицированных Украиной, и определение конкретной даты открытия рынка;

– разрешить проблемы практического характера, такие как: заправка топливом и аэронавигационное обслуживание на территории Украины, которые очень дорогие; визовые барьеры для украинских пассажиров; отсутствие удобных слотов (мест и времени) для обслуживания украинских авиакомпаний в европейских аэропортах.

При решении указанных вопросов государствам, присоединяющимся к Соглашению о ЕЕН (их авиакомпаниям), придется ориентироваться на соответствующие европейские стандарты в тарифах на перевозки (они более низкие в Евросоюзе), в качестве услуг и т.д. Иначе конкурентная борьба будет проиграна даже на той части Единого неба, которая относится к территории собственной страны.

Новому государству-участнику следует поднять собственную авиационную сферу до конкурентоспособного уровня, а потом соглашаться на единое небо (по сути – на либерализацию воздушного пространства). Иначе риск большой. Но как полагают отдельные исследователи, участие государства (в данном случае – Украины) в ЕЕН может стать сильным катализатором стремительных позитивных изменений на рынке авиационных услуг нового участника. Может быть, все равно «деваться некуда», если уже вступили. Другое дело, что может быть и поздно. Серьезное системное улучшение авиационного законодательства, даже если это произойдет быстро, само по себе ничего не решает без высокой эффективности всей авиационной сферы государства. А достижение ее должного уровня может занять многие годы.

Аналогичные проблемы вынуждены решать и другие государства, привлеченные концепцией ЕЕН. Вот некоторые факты (привожу в той терминологии, которая используется в источниках информации):

– 28 июня 2012 года Молдавия и Евросоюз подписали соглашение о создании единого воздушного пространства. (Этот процесс несколько затянулся вследствие того, что Европейская комиссия провела внутренние судебные разбирательства с Советом ЕС, подвергнув сомнению наличие полномочий у последнего на подписание договоров с третьими странами)⁵;

– 8 февраля 2011 года парламент Грузии ратифицировал соглашение о едином воздушном пространстве между Грузией и Евросоюзом и его государствами-членами⁶;

– Азербайджан и Евросоюз подписали «горизонтальное соглашение» в области авиации. Европейская комиссия ЕС предлагает пойти дальше: подписать многостороннее соглашение «О едином небе»⁷;

– Эстония, Латвия, Финляндия и Норвегия подписали соглашение о едином воздушном пространстве. Как отмечают руководители проекта ЕЕН, такого рода договоры в дальнейшем позволят сэкономить десятки миллионов евро. Проект ЕЕН представляет собой инициативу ЕС по созданию единого функционального воздушного пространства в Северной Европе взамен существующей в настоящее время структуры – разделенного государственными границами неба. Реализация проекта будет проходить поэтапно. И сегодня очередной этап проекта «Единое Европейское Небо» был закреплен подписями представителями четырех стран Европейского союза⁸;

– Израиль и Евросоюз подписали соглашение о едином авиационном пространстве, в результате которого будут сняты все ограничения на работу израильских авиакомпаний в Европе и европейских компаний в Израиле к лету 2017 г. Документ снимает ограничения на маршруты и количество рейсов, прописанные в двусторонних соглашениях между Израилем и европейскими странами. Это должно привести к увеличению пассажиропотока и снижению цен на регулярное авиасообщение между Израилем и Европой⁹.

19-30 ноября 2012г. 12-я Аэронавигационная конференция ИКАО вновь привлекла внимание к концепции «Единого Неба», которую предложено не соотносить с концепцией «Открытого неба» (такие ошибки встречаются). Последняя зародилась в 1955 году в США, воплотилась в Договоре об открытом небе 1992 года¹⁰, имея целью исключительно мониторинг (можно сказать, воздушную разведку) государствами – участниками территории друг друга в интересах взаимного доверия и открытости¹¹.

Предполагается, что решение существующих проблем не должно нарушать основ суверенитета государств, гарантировать соблюдение национальной безопасности и обороны, соблюдать определенные правила использования воздушного пространства государств. Разработка пакета документов «Единое европейское небо» должно, в частности,

придерживаться единообразных стандартов и рекомендуемой практики (САРПС) ИКАО, и поддержку со стороны ИКАО.

В современных экологических условиях крайне важной является также ссылка в законодательстве, относящегося к ЕЕН, на требования сведения к минимуму влияния авиационного транспорта на окружающую среду. При всем этом следует внимательно следить за прогрессом в активном обсуждении большинством государств, многими международными организациями идеи нового глобального аэронавигационного плана, содержащего концептуальный инструмент создания системы ОрВД по принципу «единого неба». Понятно, что в конечном итоге концепция ЕЕН не может развиваться «сепаратно» от глобального плана, основанного на таком же концептуальном подходе ИКАО, но более широко¹². Данная сфера чрезвычайно насыщена специальной терминологией и планами. Среди них отметим намерения рабочих органов ИКАО:

- совместно с ВМО в 2014 году создать Специализированное совещание по метеорологии для разработки долгосрочной стратегии в области авиационного метеорологического обслуживания;

- будущую работу по Глобальной навигационной спутниковой системе (GNSS) сосредоточить на рассмотрении двух основных проблем, касающихся внедрения GNSS и включающих вопросы развития инфраструктуры GNSS с использованием многочисленных спутниковых систем и вопросы понижения уязвимости сигналов GNSS различными источниками помех¹³;

- среди десяти ключевых принципов ИКАО в сфере аэронавигационной политики находятся принципы:

- 3.2. Региональные аэронавигационные планы ИКАО, разработанные группами регионального планирования и осуществления проектов (PIRG), будут также играть направляющую и гармонизирующую роль при разработке аэронавигационных планов отдельными государствами;

- 3.3. При разработке своих региональных аэронавигационных планов PIRG должны учитывать свои внутрорегиональные и межрегиональные аспекты;

- 6.1. Регионы, субрегионы и отдельные государства – члены ИКАО, опираясь на PIRG, должны установить свои собственные аэронавигационные приоритеты с учетом своих индивидуальных потребностей и обстоятельств в соответствии с глобальными аэронавигационными приоритетами;

– 8.2. Приняв блоки и модули ASBU, регионы, субрегионы или государства должны реализовывать их в точном соответствии с конкретными требованиями ASBU для обеспечения глобальной интероперабельности и гармонизации в сфере организации воздушного движения.

Возвращаясь же к концепции ЕЕН, отметим, что в 2011 году Международная Ассоциация Воздушного Транспорта (ИАТА) потребовала от Совета Европы обеспечить реализацию этой Концепции к 2012 году: «Десятки лет продолжаются разговоры, но делается очень мало дела. На этом фоне срыв ввода в эксплуатацию единого европейского воздушного пространства представляет собой наибольшую европейскую проблему в сфере экологии. ... Европа не может позволить себе такой удар по своей конкурентоспособности... Эту ситуацию нужно срочно менять... Функциональные блоки воздушного пространства никак не повлияют на суверенность государств...».

Евросоюз также недоволен реализацией проекта «Единое Европейское Небо», отмечая, что многие страны ЕС в этом плане не выполняют его директив, будучи не готовы отказаться от монополии на воздушные пути. Поэтому Евросоюз планирует ввести санкции несогласным странам. В частности, 11 октября 2012 года в прессе появилась даже статья под характерным названием «Еврокомиссия в судебном порядке заставит страны ЕС выполнять соглашение по созданию единого воздушного пространства».

Пока же отдельные европейские страны формируют собственные «суб-европейские» центры УВД. Как сообщалось в прессе, 17 июля 2012 года, Польша и Литва, будучи готовы присоединиться к Концепции ЕЕН, намерены подписать отдельное соглашение о создании Балтийского воздушного центра. Предполагается, что он даст экономический эффект, повысит безопасность воздушного движения и улучшит состояние охраны окружающей среды. В перспективе стороны рассчитывают, что к ним присоединятся и другие страны Балтии, а также Украина, Беларусь и Калининградская область России.¹⁴

Создание таких воздушных блоков предусмотрено Концепцией ЕЕН. Но показательно, что само «Единое небо» в Европе не развивается. Возможно, не все так пессимистично в данной сфере. Некоторые исследователи настроены на оптимистичный лад. Познакомьтесь, в частности с отдельными выводами, к которым пришла А.В. Слипченко (отрывочно):

1. Государства постепенно приступают к пересмотру своей политики в сфере регулирования международного воздушного транспорта, определения путей и темпов необходимых изменений. Ключевым фактором в этом процессе должно стать переосмысление понятия национального суверенитета. Новый подход к пониманию указанного понятия будет способствовать решению существующих проблем, не нарушая при этом основ национального суверенитета государств.

2. В действительности не существует весомого юридического обоснования действий, направленных на защиту национального суверенитета путем препятствования реорганизации европейского воздушного пространства независимо от национальных границ. Однако создание единого европейского неба возможно только при условии согласия государств на внесение существенных изменений в международную правовую систему.

3. Целью создания функциональных блоков является разработка прямых маршрутов в пределах определенной зоны воздушного пространства, а применение соответствующего подхода направлено на создание надлежащих механизмов динамической организации воздушного пространства и его разделения на сектора, учитывая необходимость обеспечить гибкость границ отдельных секторов, которые должны отражать характер воздушного движения, со временем изменяющегося.

4. Важным шагом в поддержку внедрения на международном уровне программы «Единое европейское небо» стало принятие регламентирующего требования ЕВРОКОНТРОЛЯ по безопасности полетов ESARR 1 – «Надзор за безопасностью полетов при организации воздушного движения». Документ содержит механизмы для внедрения функций по надзору за безопасностью полетов при ОрВД в государствах – членах ЕВРОКОНТРОЛЯ, которые не являются членами ЕС.

5. Учитывая возможности изменения существующих районов полетной информации, в соглашение должна быть включена ссылка на действующие границы районов полетной информации и соответствующие договоренности между государствами, которые не являются членами ЕС, и Украиной, а также невозможность влияния на обязательства сторон переговорного процесса по другим договорам и соглашениям в этой сфере...¹⁵

Проблем много. Здесь затронута, может быть, их сотая часть. Среди них, кроме прочего: определение самого понятия «регион» и порядка его формирования в данном случае; совместимость программы

«Единое небо» с многочисленными двусторонними и многосторонними договорами, так или иначе влияющих на возможность реализации концепции «Региональное открытое небо» и пр.

У читателя, интересующегося данной проблематикой, есть возможность самостоятельно углубиться в нее, используя, кроме прочего, приведенные ниже источники¹⁶, а также общеизвестные работы В.Д. Бордунова, А.Н. Верещагина, В.Н. Дежкина.

В.Д. Бордунов, в частности, затрагивает эту тему (в другой, правда, терминологии «единое европейское пространство») в несколько ином аспекте¹⁷.

¹ Слипченко А. В. Программа «Единое европейское небо» как фактор углубления сотрудничества между Украиной и Европейским Союзом [Текст] / А.В. Слипченко // Юридические науки: проблемы и перспективы: материалы междунар. заочн. науч. конф. (г. Пермь, март 2012 г.). – Пермь: Меркурий, 2012. – С. 146-149.

² Помимо этого, в рамках программы ЕЕН реализуется ее технологический компонент – программа исследований по организации воздушного движения с акцентом на широкое использование новейших технологий.

³ В данном случае они касаются Украины, но являются типологическими, т.е. *mutatis mutandis* применимы к любому региону.

⁴ Слипченко А. В. Правовой режим Единого европейского неба. – Автореф. дисер. на здобуття науково ступеня канд. юрид. наук. – Київ. 2012.

⁵ Независимая газета. 26. 06. 2012г.

⁶ РИА Новости. 8. 02. 2011г.

⁷ РИА Новости. 23. 01. 2013г.

⁸ Новости Эстонии 04. июнь 2012г.

⁹ Reuter. 27. 03. 2012г.

¹⁰ Мамедов Э.Т. Международно-правовые аспекты концепции «Открытое небо». – Автореф. дисс. канд. юрид. наук. – М. 2004.

¹¹ Государства-участники дают согласие на взаимное проведение наблюдательных полётов на их общей (в условном смысле совокупности) территории, после краткосрочного уведомления, но согласно установленному порядку, выделенным квотам полетов. При этом устанавливать ограничения для таких полётов допустимо лишь по соображениям безопасности самих полётов и ни в коем случае – по мотивам национальных интересов безопасности наблюдаемых государств. Большие возможности предоставляет программа «открытое небо» для целей защиты окружающей среды, конкретно – для регулярного экологического мониторинга. В Договоре предусмотрена возможность такого его применения (в разделе о «дополнительных областях»). Не исключено использование данной системы для мониторинга полезных ископаемых, лесных и других ресурсов, в целях метеорологии. Возникающие при этом проблемы решаемы.

¹² См.: ИКАО Док. 9750 «Глобальный аэронавигационный план».

¹³ По первой из проблем на соответствующей Конференции заслушана информация: США о развертывании модернизированных спутников GPS с улучшенными

эксплуатационными характеристиками и эксплуатационной надежностью, Российской Федерации – о завершении формирования устойчивой космической группировки ГЛОНАСС и разработке спутников нового поколения ГЛОНАСС-К, ЕС и Китая – о развертывании соответственно систем Галилео и БейДу с завершением развертывания обеих систем к 2020 году. Российская делегация выступила с инициативой о достижении последовательной интеграции системы ГЛОНАСС с навигационными системами иностранных государств и за обеспечение совместимости и взаимодополняемости ГЛОНАСС с системой GPS, а также будущими навигационными системами.

¹⁴ Летувос ритас. 17 июля 2012 года.

¹⁵ В соглашении о формировании общего авиационного пространства Украины с ЕС, по мнению автора, следует оговорить, что применение общих основных стандартов не должно вступать в противоречие со САРПС ИКАО и положением Чикагской конвенции о международной гражданской авиации. Кроме того, учитывая внеблоковый статус Украины, в соглашении целесообразно сделать оговорку, что Украина оставляет за собой право не принимать участие в мероприятиях, касающихся организации воздушного движения, которые могут иметь негативные последствия для национальной безопасности и обороны Украины.

¹⁶ Самородова Е.А. Международно-правовые проблемы разработки и принятия универсальной (всеобщей) Конвенции по воздушному праву. Автореф. дисс. канд. юр. наук. – М. 2009; Абдурахманова Ш.А. Международно-правовые вопросы использования автоматизированных спутниковых систем управления воздушным движением. – Автореф. дисс. канд. юр. наук. – М. 2007; Товмасын М.Т. Актуальные проблемы пересмотра Конвенции о международной гражданской авиации (Чикагской конвенции 1944 года). – Автореф. дисс. канд. юр. наук. – М. 2001; Мамедов Э.Т. Международно-правовые аспекты концепции «Открытое небо». – Автореф. дисс. канд. юр. наук. – М. 2004.

¹⁷ См.: Бордунов В.Д. Международное воздушное право. Учебное пособие. – М.: НОУ ВКШ «Авиабизнес»; изд-во «Научная книга», 2007.

United Regional Sky: Concept and Reality (Summary)

*Yuri N. Maleev**

In the recent years the concept of United regional sky became popular in the world aviation circles. In the European Union it is realized by the corresponding Agreement of 2006. The key point of the Agreement: the right to fly to any state – member of the Agreement with no limits as to choice of the route and number (frequency) of flights, as well as possibility to realize this right by any of the air companies registered in the participating state. The air space is divided into functional «blocs» depending of the streams of air movement but not of the national borders.

Keywords: air space; united regional sky; flights of aircrafts; functional blocks of air space; route of flights; number (frequency) of flights.

* Yuri N. Maleev – Doctor of Laws, Professor of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. prof.maleev@mail.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

«Мягкое право» как метод регулирования международных финансовых отношений в зарубежной доктрине международного финансового права

*Кудряшов В.В.**

Статья посвящена зарубежным подходам к «мягкому праву», в данном случае представленному юридически необязательными актами международных финансовых организаций. Несмотря на то, что в зарубежной и российской доктринах отсутствует единое понимание этого феномена, метод регулирования мягким правовом широко признан на международном уровне и находит практическое применение во всех сферах международно-правового регулирования. Особенно широкое распространение этот метод получил в международной финансовой сфере. К актам мягкого международного финансового права относят различные кодексы поведения, лучшую практику, основополагающие принципы, руководства, рекомендации, инструкции, объединяемые единым понятием «международные финансовые стандарты». Стандарты разрабатываются международными финансовыми регуляторами – МВФ, Базельским комитетом по банковскому надзору, ИОСКО, ФАТФ, КМСФО и др. Их соблюдение стимулируется и совместно контролируется МВФ и Всемирным банком. Взаимодействие «мягкого» и «твердого» права становится в условиях глобализации все более важным, и на повестке дня стоит задача концептуализации этого неоднозначного взаимодействия.

* Кудряшов Владислав Васильевич – к.и.н., действительный государственный советник Российской Федерации 3 класса, доцент кафедры финансового права Финансового университета при Правительстве Российской Федерации.

Ключевые слова: международное финансовое право; финансовое регулирование; методы регулирования; мягкое право.

В зарубежной правовой доктрине далеко не всегда представлен аналог русскому термину «международное финансовое право», используемому в российской международно-правовой доктрине¹. Термин «международное финансовое право» (МФП) обычно переводят на английский язык как «international financial law» (IFL), что не совсем верно, поскольку первое значительно отличается от последнего по юридическому наполнению².

МФП согласно российской доктрине – публичное право (подотрасль международного экономического права), субъектами которого являются лишь государства и международные организации, созданные на основе международных договоров³. Основными методами (принципами) МФП являются координация, сотрудничество, суверенное равенство государств, уважение прав человека и др., восходящие к «твердому» международному праву (публичному).

Зарубежные специалисты подходят к IFL по-иному. Согласно большинству мнений, IFL – это комплексная отрасль права, имманентно включающая частно-правовой и публично-правовой компоненты и охватывающая все субъекты права – от индивидов до суверенных государств. Соответственно, IFL оперирует иной совокупностью методов регулирования, отличной от рассматриваемых российским МФП.

Предлагаемый материал ввиду ограниченности объема журнальной статьи касается лишь публично-правового компонента IFL (который по многим параметрам соответствует российскому МФП) и посвящен его основному методу регулирования – мягкому праву.

Под методом регулирования здесь понимается способ побуждения государств и их компетентных органов, основных субъектов публично-правового компонента IFL, соблюдать международные финансово-регулятивные правила.

Отметим, что частно-правовой компонент IFL, регулирующий международные финансово-правовые отношения индивидов и юридических лиц (или их аналогов, а также государств как сторон диагональных соглашений), главным образом, при помощи контрактного (договорного) метода, оперирует методом принуждения для побуждения сторон к исполнению своих обязательств – через судебные санкции национальных или международных судов и трибуналов.

Публично-правовой компонент IFL охватывает преимущественно регулятивную деятельность государств, международных и национальных финансовых регуляторов⁴ по обеспечению стабильности глобальной финансовой системы и как следствие – устойчивости мировой экономической системы. Акты международного финансового регулирования в основном являются рекомендательными, юридически необязывающими, «мягко-правовыми», и не обеспечиваются судебным или административным принуждением: судебный орган или иной юридический механизм обеспечения исполнения отсутствует, исполнение является добровольным.

По замечанию Д. Царинга, «процесс международного нормотворчества в сфере финансов ... не имеет судебного контроля, и [соблюдение правил-авт.] является полностью добровольным»⁵. Тем не менее, метод мягкого права в современном международном контексте показал себя как эффективный механизм по обеспечению соблюдения международных правил финансового регулирования.

Международная правовая система в основном рассматривается как система равных и суверенных государств, чьи действия ограничиваются лишь правилами, добровольно принятыми в качестве юридически обязывающих. В известном деле *Lotus Case* Постоянная палата международного правосудия⁶ решила, что «международное право регулирует отношения между независимыми государствами. Обязательность правовых норм для государств исходит из их свободной воли, выраженной в конвенциях, или обычаях, общепризнанных как выражающие принципы права...»⁷

Однако глобализация, и прежде всего в финансовой сфере, изменила традиционный процесс международного регулирования, как в сфере нормотворчества, так и в сфере внедрения в практику общепризнанных норм. Прежний алгоритм регулирования международных отношений через длительный, кропотливый и формализованный переговорный процесс заключения международных конвенций и договоров отступил перед вызовами современной глобализованной финансовой системы, потребовавшими быстрых, широких по охвату и разнообразных ответных мер.

Дерегулирование, новые информационные технологии и финансовая «инженерия» поставили под вопрос адекватность формального, твердо-правового механизма регулирования международной финансовой сферы, и выдвинули на первое место метод неформального,

мягко-правового регулирования – гибкие, широкие по охвату, быстро разрабатываемые и внедряемые финансовые правила, имеющие форму кодексов поведения, стандартов, лучшей практики, основных принципов и пр. По мнению ряда исследователей, этот процесс – «лишь одна из граней более широкой тенденции формирования целого спектра международных договоренностей-обязательств (commitments), которые часто квалифицируются как «мягкое право»⁸.

Единая концепция «мягкого права» пока не выработана. *Современной* проблематикой мягко-правового регулирования в различных областях занимаются К. Брамер⁹, Дж. Голдсмит и Э. Познер¹⁰, Д. Царинг¹¹, М. Фраттиани и Дж. Патисон¹², а также А. Шафер и Р. Поллак, Р. Каустьяла, К. Эбот и Д. С니다л, Р. Андорно, А. Д’Амато, С. Бунчич и М. Филипович и др.

Специалисты по международному публичному праву считают тему мягкого права «не заслуживающей внимания» (inconsequential)¹³. Р. Вейл утверждал, что «согласно традиционным подходам, мягко-правовые обязательства – вообще не право»¹⁴.

Однако, согласно Э.Гузману и Т.Мейеру, «эти обязательства не есть и чистая политика: выражения, включенные во Всеобщую декларацию прав человека, Хельсинкский заключительный акт, Базельское соглашение о достаточности капитала, решения Комитета ООН по правам человека и постановления Международного Суда¹⁵, влияют на государства в силу их квази-правового характера»¹⁶; «все «*правоподобное*» (law-like) может быть расценено как мягкое право»¹⁷.

Некоторые авторы предлагают формулировать понятие «мягкое право» от противного – отличное и от твердого права, и от чисто политического явления¹⁸. Например, «оно есть то, что находится между этими альтернативами»¹⁹, или «мягкое право – это неюридические (non-legal) международные соглашения»²⁰.

Отдельные авторы считают, что «все соглашения, помимо международных договоров (treaties), считаются проявлением обычая»²¹.

Как пишет Дж. Голд, «мягкое право особым образом выражает пожелание государствам, но не их обязанность, действовать определенным образом или воздержаться от действий»²².

Утверждают также, что «мягкое право тяготеет к размыванию (blur) границы между правом и неправом: простым «норам-пожеланиям» (aspirational norms) предоставляется правовой статус, а эффект

от их использования подрывает статус «общепризнанных» правовых норм» (established norms)²³.

Некоторые авторы понимают мягкое право как некий «континуум, или спектр, проходящий между [и соединяющий (running) – авт.] полностью обязательные договоры и полностью политические позиции»²⁴, то есть рассматривают мягкое право как спектр политико-правового поля, лежащий между правом и политикой и соединяющий их.

Существует еще один подход, согласно которому, кроме международного права можно говорить о существовании в международной политике неких общих норм морали, хотя их и нельзя отождествлять с моралью в отношениях между индивидами²⁵. Так, Дж. Шварценбергер считает, что «мораль в международном обществе – не инструмент сдерживания и ограничения собственного поведения, а мощное оружие, позволяющее подвергнуть критике действия соперников. Правительствам все же приходится прилагать некоторые усилия, чтобы уж совсем очевидно не нарушать общепринятые нормы морали»²⁶.

Не будучи напрямую связанным с понятием «мягкого международного права», подход Дж. Шварценбергера позволяет, с определенным допущением, квалифицировать последнее как сферу некоей «международной морали», то есть вывести его из сферы права, – тезис, совпадающий с позицией тех авторов, которые считают «мягкое право» политической категорией.

Интересна позиция М. Джованоли, который проводит следующие разграничения между твердым и мягким правом: «твердое право характеризуется формализованностью, мягкое – неформальностью; твердое право соблюдается принуждением, возложением обязанностей извне; мягкое право соблюдается добровольно, возложением обязанностей на самого себя; способ побуждения к исполнению (enforcement) является основным различием твердого и мягкого права»²⁷.

Принимая во внимание современный международный опыт применения мягкого права, наиболее близким к реалиям можно считать позицию Р. Гууда, который определяет мягкое право, как «правила, не являющиеся юридически обязывающими, но на практике соблюдаемыми теми, кому они адресованы, или теми, кто присоединился к ним по различным причинам»²⁸. Такая позиция разделяется Ф. Снайдером: это «правила поведения, которые в принципе не имеют юридически обязывающей силы, но, тем не менее, имеют практический эффект»²⁹.

Достаточно аргументированной представляется позиция К. Брамера, который пишет, что «международное финансовое регулирование, будучи формально «мягким», имеет большую принудительную силу (coercive), чем представляют классические теории международного права. Это обусловлено наличием уникального трансграничного сотрудничества, подкрепленного репутационными, рыночными и институциональными механизмами, которые в значительной степени не учитываются теоретиками международного права»³⁰.

Существование «неправовых» соглашений признается российской научной школой. Так, И. Лукашук отмечает, что «о роли такого рода соглашений свидетельствуют акты ОБСЕ, которые стали главным инструментом перестройки международных отношений в Европе. Положения таких соглашений обладают не юридической, а морально-политической обязательной силой»³¹.

Другие российские авторы указывают на «мягкое право» в связи с тем, что многие международные организации принимают резолюции, рекомендации, иные документы, которые носят рекомендательный характер и сами по себе не являются носителями норм международного права, но государства стремятся, чтобы их действия не расходились с предписаниями, содержащимися в таких документах³².

Несмотря на широкий спектр мнений, «мягкое право» как совокупность необязательных правил и норм поведения, регулирующих, главным образом, экономические и финансовые отношения, статус субъектов этих отношений, рассматривается и обсуждается преимущественно в рамках права, а не морали или политики, о чем свидетельствуют высокий накал дискуссии по теме, и само всеобщее признание термина «мягкое право».

Отметим также, что «мягкое право» как метод регулирования международных финансовых отношений в зарубежной литературе практически не отрицается, однако никто из известных исследователей, видимо, в силу специфики этого феномена, не причисляет международные мягко-правовые финансовые правила к обычаю, хотя они и признаны на международном уровне.

Как отмечают исследователи, мягко-правовое регулирование распространено в различных сферах международных отношений³³, однако наибольшее применение оно получило в сфере международных финансов, глобализация которых потребовала новых усилий по устранению правовых несоответствий (discrepancies)³⁴, а также координации³⁵.

В этом ракурсе проблемы мягко-правового регулирования рассматривают Э. Авгулеас, К. Александер, К. Брамер, С. Бунчич и М. Филипович, М. Де Беллис, М. Джованоли, Р.Делонис, Р. Дюмель и Дж. Итвел, Р.Ластра, Дж.Фридланд и др.

По мнению М.Джованоли, «большинство международных стандартов, правил, принципов, направляющих указаний, кодексов поведения, лучшей практики и иных договоренностей (arrangements), регулирующих трансграничные финансовые отношения, за редким исключением, например, Статей Соглашения МВФ, могут быть охарактеризованы как «мягкое право»³⁶.

С другой стороны, А. Ловенфельд, например, указывает и на некоторые нормы Статей Соглашения МВФ как на мягко-правовые. Это первые два обязательства, (I) и (II), Статьи IV (1) Статей Соглашения МВФ из числа обязанностей государств-членов сотрудничать с Фондом в целях обеспечения упорядоченности валютных режимов³⁷, а именно – «прилагает все усилия» и «стремится содействовать», являются «мягким правом»³⁸.

Заметим, что соглашения между государствами и МВФ по поводу финансовой помощи также не являются договорами согласно международному праву и не регистрируются в ООН.

А.Ловенфельд также считает, что, например, «Базельские соглашения по капиталу для международных банков не являются договорами в смысле международного права, но они есть больше, чем «мягкое право», поскольку отражают общие договоренности, достигнутые после переговоров, и, взятые вместе, содержат достаточные мотивации для их соблюдения, а также предложения о применении санкций»³⁹.

По мнению Дж. Нортон, «строительство «новой международной финансовой архитектуры» требует дальнейшего развития и применения практики и стандартов международного «мягкого права»⁴⁰.

Как пишут С. Бунчич и М. Филипович, «мягко-правовой подход есть, вероятно, единственный реальный путь начать процесс перестройки международного финансового регулирования. Концепция международных соглашений, основанных на мягком праве, могла бы стать платформой для достижения позитивных результатов в будущем»⁴¹.

Преимуществами мягкого права часто называют гибкость, неформализованность и прагматизм⁴². Процесс принятия международного договора формализован и сопровождается временными затратами, процесс его изменения или дополнения негибок⁴³. Международные

стандарты обеспечивают гибкость и неформализованность процессу нормотворчества⁴⁴.

Другим преимуществом является концептуальная трактовка финансовых правил как «минимального стандарта», который в основном обязателен в части существа действия, но оставляет большие возможности для корректировки на национальном уровне, как в случае с директивами ЕС, и его выполнение не наносит ущерба для национального суверенитета.

Среди недостатков можно отметить самый главный – нелегитимность, то есть недостаточное представительство государств в процессе создания стандартов, что очень важно для систем, считающихся демократическими. Отмечают также такой недостаток, как возникновение сомнений по части правовой определенности, предсказуемости и соответствия, поскольку выполнение стандартов оставлено на усмотрение национальных властей. Существует и опасение, что, «поскольку стандарты разрабатываются и внедряются не связанными между собой организациями, их распространение может привести к сложности, противоречивости, дублированию или пробелам в регулировании, несмотря на координационные усилия Совета по финансовой стабильности»⁴⁵.

Зарубежные авторы сходятся во мнении, что формой мягко-правового регулирования международных финансовых отношений являются международные финансовые стандарты.

Так, Э. Авгулеас считает, что глобальные финансовые рынки регулируются сложным комплексом «правил и стандартов мягкого права», называемых «международным финансовым регулированием»⁴⁶.

Согласно М. Джованоли, «international financial law» это сфера действия международных финансовых стандартов, охватывающих практически все сферы международного финансового права⁴⁷.

Обычно под стандартами понимается определенный минимум требований к виду деятельности или сфере регулирования⁴⁸, и они направлены на обеспечение международной финансовой стабильности через единообразную имплементацию в национальных правовых системах⁴⁹.

Согласно интерпретации Совета по финансовой стабильности (СФС), стандарты – это «широко признанные принципы, правила и практика в соответствующей сфере»⁵⁰.

Международные финансовые стандарты имеют различные формы (типы) – «кодексы», «указания», «принципы», «рекомендации», «меморандумы о понимании», собственно «стандарты» и т.д., публикуемые

международными финансовыми регуляторами – разработчиками стандартов.

В настоящее время существует более 70 стандартов, из которых 12 поддерживаются СФС в качестве ключевых для глобальной финансовой стабильности, и соблюдение которых контролируют МВФ и Всемирный банк⁵¹.

Стандарты разрабатываются и внедряются, в основном, десятью международными финансовыми регуляторами-разработчиками стандартов: МВФ, Всемирный банк, Базельский комитет по банковскому надзору (БКБН), Группа по разработке финансовых мер противодействия отмыванию денег и финансированию терроризма (ФАТФ), Международная организация комиссий по ценным бумагам (ИОСКО), Международная ассоциация страховых надзоров (ИАИС)⁵², Комитет по платежным и расчетным системам Банка международных расчетов (КПРС), Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Комитет по международным стандартам аудита и подтверждения достоверности информации (ИААСБ), Комитет по международным стандартам финансовой отчетности (КМСФО)⁵³.

В текстах самих международных финансовых стандартов нет прямых указаний на их принадлежность к мягкому праву, но обязательно имеются формулировки, указывающие на их необязывающий характер.

Так, Кодексы либерализации ОЭСР «не являются договором или международным соглашением в понимании международного права, как, например, соглашение по ВТО»⁵⁴.

Базельский комитет по банковскому надзору Банка международных расчетов (БКБН) «не располагает какой-либо наднациональной надзорной компетенцией, и его заключения не имеют и никогда не планировались как имеющие юридическую силу»⁵⁵.

Один из основных руководящих документов ИОСКО – «Меморандум о взаимопонимании и обмене информацией» устанавливает, что «положения Меморандума о взаимопонимании не предназначены для создания юридически обязывающих обязательств или замены внутреннего законодательства»⁵⁶. И т.д.

Международные мягко-правовые финансовые стандарты не являются гомогенной группой правил. Они классифицируются по различным критериям: по действию, охвату, степени специфичности, источникам, природе, содержанию.

По действию, например, они ранжируются от наиболее низкой профессиональной практики (лучшая практика, джентльменские соглашения) до унифицированных правил, кодексов и руководящих указаний (guidance) и иных более «обязывающих» договоренностей, включающих некоторые меры (санкции) в случае несоблюдения⁵⁷.

По охвату они могут быть отраслевыми и функциональными⁵⁸, по степени специфичности они делятся на принципы, практику, методологии/руководства⁵⁹, по статусу организации, принявшей стандарт, – принятые международными публичными организациями, межведомственными, частными; и т.д.

Имплементация международных финансовых стандартов обычно осуществляется на национальном уровне через соответствующее законодательство или регулирование. Будучи инкорпорированными в национальное право, стандарты превращаются в «твердое право» и, таким образом, обеспечиваются применением силы (становятся принудительно исполнимыми) (enforceable).

Соблюдение международных финансовых стандартов является добровольно принятой на себя обязанностью государств и их финансовых регуляторов. В отсутствие принудительных международно-правовых механизмов в сфере международных финансов применяется иная мотивация – рыночная, институциональная, репутационная и др., в силу которой государства «свободной волей» принимают международные финансовые стандарты «в качестве обязательных правовых норм»⁶⁰.

Например, Дж. Шварценбергер утверждал, что выгоды от следования международному праву в сферах экономического и финансового сотрудничества «могут побудить даже самое могущественное государство играть по правилам»⁶¹.

Как считают Э. Гузман и Т. Мейер, «государства выбирают мягкое право:

1) для решения вопросов непосредственной координации в проектах, когда наличие очевидной ключевой цели генерирует соблюдение правил;

2) когда возможные санкции за нарушение [договора – авт.] превышают возможные выгоды от соблюдения;

3) поскольку теория делегирования гласит, что мягкое право упрощает отказ от существующих правил и принятие новых»⁶².

Обязанность соблюдать решения международной организации, в том числе финансовых регуляторов, может возникать из членства (МВФ, ОЭСР и др.), или даже условного членства, когда организация не имеет формального или неформального устава или его аналога, и страны «приглашаются» или «не приглашаются» к участию в заседаниях, голосовании и пр. (Группа 20, СФС).

Такая обязанность может возникать также в силу принятого обычая «прислушиваться» к различным обращениям, заявлениям, декларациям, например, призыву «соблюдать лучшую мировую практику и принципы» в определенной области, звучащему в ряде документов Группы 20, Совета по финансовой стабильности, МВФ и др.

По мнению М. Фраттиани и Дж. Патисона, имеются четыре стимула к соблюдению международных финансовых стандартов: причастность государства (country ownership) [к разработке стандартов – авт.], рыночные и официальные⁶³ стимулы, тесное партнерство⁶⁴.

Первый из упомянутых стимулов касается участия государств в разработке и принятии стандартов, сопричастности к этому процессу. Тема справедливого представительства в организациях-разработчиках стандартов, особенно развивающихся стран, является фундаментальной проблемой процесса разработки мягко-правовых правил. Она напрямую связана с принадлежностью стране проектов реформирования финансового права и влияет на легитимность всего мирового процесса разработки и внедрения международных финансовых стандартов.

Недостаточная представленность, неучастие снижают заинтересованность государств в реальном восприятии и соблюдении стандартов. Многие авторы отмечают невысокую степень демократичности процесса принятия решений в международной финансовой сфере⁶⁵. «Собственность на реформу финансового права» (ownership of financial law reform), то есть участие государства в обсуждении на международном уровне финансово-правовых реформ, которые необходимы стране, важна, поскольку обеспечивает гарантии истинного соответствия духу международных стандартов, которое генерирует политическую поддержку и упрощает процесс имплементации⁶⁶.

На рыночные стимулы, кроме М. Фраттиани и Дж. Патисона, обращает внимание также К. Брамер⁶⁷ и Р. Делонис⁶⁸. Решения о степени соблюдения правил могут быть приняты во внимание рыночными посредниками и повлиять на стоимость капитала для компаний, происходящих из юрисдикций, не соблюдающих стандарты, а также

усложнить им выход на внешние рынки или привлечение иностранных инвестиций.

Среди механизмов рыночной дисциплины можно также назвать взвешивание кредитного риска, частное рейтингование, проценты по кредитам, межбанковское кредитование и другие. Международные инвесторы часто настаивают, чтобы развивающиеся страны принимали стандарты лучшей практики, что повышало бы их кредитные рейтинги, повышало привлекательность и репутацию их финансовых систем в мировом хозяйстве⁶⁹.

Официальный сектор также выработал ряд мер политики и процедур, направленных на соблюдение мягко-правовых правил («официальные стимулы»). Например, практика «назвать и пристыдить» (name-and-shame), касающаяся списка не сотрудничающих юрисдикций ФАТФ⁷⁰ и списка офшорных финансовых центров, ответственных за нездоровую налоговую конкуренцию⁷¹, действует как «устрашение» против несоблюдения.

Институционализированные «дружеские проверки» (peer review) являются еще одним официальным мотивом соблюдения, зачастую дополняя надзор за финансовым сектором.

Условия кредитования МВФ (conditionality) являются также очень сильным стимулом, поскольку соблюдение страной конкретного набора стандартов является условием получения от МВФ фондов через обычные или расширенные механизмы.

К списку «официальных» мер мотивации относится также официальное наблюдение (official oversight)⁷². По рекомендации Рабочей группы по укреплению финансовых систем (Working Group on Strengthening Financial Systems), официальное наблюдение за финансовым сектором было включено в процесс совместного наблюдения МВФ и Всемирного банка при участии экспертов из других организаций⁷³.

Дополнительным стимулом к соблюдению считается сама структура стандартов, поскольку они излагаются в общей форме, сопровождаются различными методиками, инструкциями и рекомендациями по внедрению, а также предоставляют странам широкие возможности осмотра при их приспособлении под конкретные условия страны.

Кроме того, МВФ, Всемирный банк и организации, устанавливающие стандарты, обычно готовы оказать консультативную и техническую, а также финансовую поддержку (только МВФ и ВБ) в адаптации и принятии к исполнению международных стандартов.

Мягкое право нередко дополняет твердое право. Например, в контексте права МВФ значительное количество международных руководств, рекомендаций, кодексов поведения, стандартов и мер политики было разработано в целях интерпретации, дополнения или применения Статей Соглашения МВФ⁷⁴.

Часто утверждают, что юристы отдают предпочтение твердому праву (юридически обязывающие, легитимные и обеспеченные принуждением (исполнимые) договоры), в то время как экономисты придерживаются противоположного мнения, предпочитая мягко-правовые нормы (быстрота, гибкость прагматизм)⁷⁵.

М. Джованоли, отстаивая позицию, согласно которой мягкое и твердое право могут быть скомбинированы оптимальным образом, предлагает, чтобы «стандарты, международный консенсус по которым был основан на неформальной базе, стали предметом международного договора, согласно которому стороны подписались бы на специальные стандарты, тем самым связав себя обязательством имплементировать и применять их в своей юрисдикции»⁷⁶.

С. Лихтенштейн убеждена, что «усилия по включению стандартов международного финансового права в договорные формы должны быть сфокусированы на модели исполнения, обеспеченного юридическими механизмами, применяемой при нарушении обязательств из международного договора (основанной на принудительном подходе и наложении санкций при несоблюдении), а не на модели, основанной на соблюдении (compliance-based), или управленческой модели (managerial model)»⁷⁷.

Касательно связи мягкого и твердого права Р. Ластра считает, что «право с течением времени прогрессирует как в материальном смысле (по существу), так и в части процесса правотворчества. Именно в таком контексте и должно пониматься мягкое право, то есть как инструмент изменения и реформ. Мягкое право на самом деле есть право (неформальные правила, но - правила). Международное финансовое право часто оказывается весьма востребованным в условиях изменяющихся потребностей и быстро меняющихся структур, отличающих функционирование финансовых рынков. Было бы неверно отбрасывать его ввиду его «мягкости». Оно является «мягким» с точки зрения традиционных механизмов юридического принуждения к соблюдению (международные стандарты не есть международные обязательства),

но по многим показателям оно есть или может быть настолько же обязательным, как и твердое право»⁷⁸.

В связи с этим можно утверждать, что имеется твердое «мягкое право», например, международные стандарты по борьбе с отмыванием денег, а именно: 40 Рекомендаций ФАТФ по борьбе с отмыванием денег и 9 Специальных рекомендаций ФАТФ по борьбе с финансированием терроризма с их специальными требованиями по осуществлению странами особых мер в сфере криминализации преступлений, исполнения законов и системы финансового регулирования, и мягкое «твердое право», например, договоры об экономической интеграции в Западной Африке, а именно Договоры об Экономическом сообществе стран Западной Африки (ECOWAS) 1975 г. и 1993 г., известные отсутствием юридических механизмов исполнения.

Мягкое право может превращаться в твердое право и/или дополнять твердое право, как было указано выше на примере МВФ.

Усиление роли мягкого права, превращение его в реальный метод регулирования представляет собой наиболее значимое изменение последних лет в области международного финансового права. При всей широте подходов к правовой квалификации документов мягкого права специалисты сходятся в одном: участие несuverенных образований в создании необязательных правил, которые предназначены для внедрения и соблюдения в национальных правовых системах, означает изменение стандартного процесса нормотворчества в международной правовой системе, переход от формального международного нормотворчества к неформальным технологиям мягкого права.

По существу, система мягкого международного финансового права, основанная на добровольном выполнении и мониторинге соблюдения необязательных стандартов, стала компонентом существующей международной финансовой архитектуры. Несмотря на критику, она являет собой действующую модель правового регулирования мировой финансовой системы.

Международные усилия в этой сфере все более формализуются, приобретая некоторые качества твердого права. Об этом свидетельствует не только *фактическое* превращение некоторых стандартов в «твердые», например, Рекомендаций ФАТФ, но и кодификация стандартов в форме Компендиума. Но при этом по методу они остаются мягким правом.

Эти явления отражают эволюцию международного финансового права, реагирующего на глобальные изменения в мировых регулятивных компетенциях, когда различные международные и национальные режимы регулирования взаимно влияют и дополняют друг друга. Две модели международного финансового регулирования – твердо-правовая и мягко-правовая – не обязательно исключают друг друга, но существуют. Поиск оптимального сочетания этих моделей выступает ключевым направлением деятельности международных и национальных финансовых регуляторов.

¹ См., например: Вылегжанин А.Н., Лабин Д.К., Шумилов В.М. и др. Международное экономическое право. Отв. ред. А.Н.Вылегжанин. М. 2012. С. 157 и сл.

² Подробнее о лингвистических аспектах толкования этих терминов см.: Кудряшов В.В. Зарубежная доктрина международного финансового права: проблема идентификации//«Российская юстиция», № 9, 2012. – сс. 2-7.

³ В последнее время все больше говорят о переплетении в МФП «публичного уровня отношений с уровнем частным», «реализации международных отношений публичного уровня через частно-правовые», и наоборот (В.М. Шумилов, Г.В. Петрова).

⁴ В западной юридической практике понятие «государство» включает центральное правительство, региональные органы власти, парламент, суды, иные органы власти.

⁵ Zaring D. Combining Domestic And Global Administrative Law. – Mode of access: <http://www.stanford.edu/group/lawlibrary/cgi-bin/asimow/lisa/wordpress/wp-content/uploads/2011/04/zaring-lsa2011.pdf> Последнее посещение 29.01.2013.

⁶ Ныне Международный суд ООН.

⁷ France v. Turkey, 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 10 (Sept. 7). – Mode of access : <http://www.scribd.com/doc/43348255/Lotus-Summary>; http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.

⁸ Chodosh, H. Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law//Texas International Law Journal. – 1991. – N. 26. – p. 88; Weil, Prosper. Towards Relative Normativity of International Law//American Journal of International Law. – 1983. – N. 77. – p. 413.

⁹ Brummer, C. Soft Law and the Global Financial System: Rulemaking in the 21st Century. – Cambridge University Press, 2012. – 296 p.

¹⁰ Goldsmith J.L., Posner E.A. International Agreements: A Rational Choice Approach// Virginia Journal of International Law. – 2003. – N. 44.

¹¹ Zaring D. International Law by other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations//Texas International Law Journal. – 1998. – N. 33.

¹² Fratianni, M., and Pattison, J. International Financial Architecture and International Financial Standards / The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science. – 2002. – Vol. 579, N. 1.

¹³ Steinberg R.H. In the Shadow of Law or Power? Consensus – based Bargaining and Outcomes in the GATT/WTO// International Organization. – 2002. – N. 56. – p. 339, 340.

¹⁴ Weil, P. Op.cit. – p. 413, 414 – 417.

- ¹⁵ Постановления международных трибуналов традиционно не считаются мягким правом, но Гузман и Мейер относят и их к мягкому праву, поскольку они имеют обязательную силу только в рамках соответствующего дела, для конкретного случая и для конкретных лиц. См. Guzman, A.T., Meyer, T.L. *International Soft Law*. – Mode of access: http://works.bepress.com/timothy_meyer/5.
- ¹⁶ Guzman, A.T., Meyer, T.L. *International Soft Law*. – Mode of access: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=timothy_meyer; http://works.bepress.com/timothy_meyer/5 Последнее посещение 20.02.1013.
- ¹⁷ Guzman, A.T., Meyer, T.L. *Op.cit.*
- ¹⁸ Abbott K., Snidal D. *Hard and Soft Law in International Governance*// *International Organization*. – 2000. – N. 54. –p. 421, 422.
- ¹⁹ Handl, Gunter F. et al. *A Hard Look at Soft Law* // *American Society of International Law Proceedings*.-1998. – N. 82. – p. 371.
- ²⁰ Goldsmith J.L., Posner E.A. *International Agreements: A Rational Choice Approach*// *Virginia Journal of International Law*. – 2003. – N. 44. – p. 113, n.2.
- ²¹ Dupuy P.-M. *Soft Law and International Law of Environment*// *Michigan Journal of International Law*. – 1991. – N. 12. – p. 420, 432.
- ²² Gold J. *Interpretation: The IMF and International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 1996. – p. 31.
- ²³ Handl, Gunter F. et al. *Op.cit.* – p. 371.
- ²⁴ Guzman, A.T, Meyer, T.L. *Explaining Soft Law*. – Mode of access: <http://www.asil.org/files/guzman.pdf> Последнее посещение 29.01.2013.
- ²⁵ Schwarzenberger G. *Power Politics. A Study of World Society*. L., 1964. – p. 154.
- ²⁶ Schwarzenberger G. *Op.cit.* – p. 165-168.
- ²⁷ Giovanoli M. *A New Architecture for the Global Financial Markets: Legal Aspects of International Financial Standards Setting*//in M. Giovanoli (ed.), *International Monetary Law. Issues for the Millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000. – p. 35. М. Джованоли пишет, что с правовой точки зрения, средства правовой защиты отсутствуют, если правила не соблюдаются, но это не исключает наличия фактических «санкций» как со стороны рынка, так и со стороны иных образований (bodies), которые могут быть очень эффективными.
- ²⁸ Goode R. *Commercial Law*. 2nd ed. London: Penguin Books, 1995. – p. 20-21.
- ²⁹ Snyder F. *The Effectiveness of EC Law*// in T Daintith (Ed.) *Implementing EC Law in the UK, 1995*; Wellens, K.C. and Borchart, G.M. *Soft Law in EC Law*//*European Law Review*.-1989. – N 14. –p. 267-321// Цит. по: Trubek D., Cottrell P., Nance M. *Soft Law, Hard Law, And European Integration*. – Mode of access: <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/EUC/trubeketal.pdf> Последнее посещение 26.01.11.
- ³⁰ Brummer, C. *How International Financial Law Works (and How It Doesn't)*//*Georgetown Law Journal*. – 2011. – N. 99. – p. 257.
- ³¹ Лукашук И.И. *Современное право международных договоров*. В 2 т. Том 1. Заключение международных договоров / И.И. Лукашук; Рос. Акад. наук, Ин-т государства и права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – с. 78. По мнению Г.И. Тункина, Н.Б. Крылова рекомендательные нормы не входят в международное право//Шумилов В.М. *Международное право: учеб.* – М.: ЕЛ Велби, 2007. – с. 62.
- ³² *Международное право: учебник / отв.ред. А.Н Вылегжанин.* – М.: Высшее образование. Юрайт-Издат, 2009. – с. 98.

³³ Alvarez, J.E. *International Organizations as Law-makers*. – Oxford: Oxford University Press, 2005. – p. 21.

³⁴ Norton J. *Creating an Appropriate Legal Infrastructure: Evaluating the Efficacy of Technical Legal Assistance Programs*// World Bank/IMF/FED Seminar on Policy Challenges for the Financial Sector in the Context of Globalization (June 12-15, 2001, Washington, D.C.). – Mode of access: http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=12&ved=0CDIQFjABOAO&url=http%3A%2F%2Fciteseerx.ist.psu.edu%2Fviewdoc%2Fdownload%3Fdoi%3D10.1.1.125.550%26rep%3Drep1%26type%3Dpdf&ei=1SgiUZKKC6eE4ATU0IGADw&usq=AFQjCNHhmgYZ2j_whqQ4EXjPsUdrftLMUA&bvm=bv.42553238,d.bGE&cad=rjt Последнее посещение 18.02.2013.

³⁵ Frattianni, M., and Pattison, J. *Op.cit.*

³⁶ Giovanoli M. *A New Architecture...* – p. 9. См. также: Chodosh H. *Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law*//Texas International Law Journal. – 1991. – N 26. – p. 88; Weil, P. *Toward Relative Normativity in International Law*//American Journal of International Law. – 1983. – N. 77. – p. 413.

³⁷ Каждое государство-член:

i) прилагает усилия, чтобы направить свою экономическую и финансовую политику на стимулирование упорядоченного экономического роста в условиях разумной стабильности цен, с учетом существующих обстоятельств;

ii) стремится содействовать стабильности за счет усилий, направленных на поддержку упорядоченных базисных экономических и финансовых условий, а также такой денежно-кредитной системы, которая не ведет к возникновению непредсказуемых сбоев; Цит. по тексту Статей Соглашения Международного валютного фонда в СПС КонсультантПлюс.

³⁸ Lowenfeld, A. F. *International Economic Law*. 2-d ed. – Oxford, Oxford University Press, 2008. – p. 635.

³⁹ Lowenfeld, A. F. *International Economic Law*. 2-d ed. – Oxford, Oxford University Press, 2008. – p. 844-845.

⁴⁰ Norton, J., Yokoi-Arai, M. *Discerning Future Financial Crises: The Law and Institutional Based Dimensions*//Bank of Valetta Review. – Autumn 2001. – N. 24. – p. 20-51.

⁴¹ Buncic S., Filipovic M. *The Future of international financial business: Global regulatory framework*//African Journal of Business Management. – 2011. – N. 5 (9), May 4. – p. 3749.

⁴² Giovanoli M. *A New Architecture...* - p. 41 – 44.

⁴³ Aust, A. *The Theory and Practice of Informal International Instruments*//The International and Comparative Law Quarterly. – 1986. – N. 35. – p. 787, 791-792.

⁴⁴ Hillgenberg H. *A Fresh Look at Soft Law*//European Journal of International Law. – 1999. – N. 10. – p. 499; Lipson Ch. *Why are Some International Agreements Informal?* // International Organization. – 1995. – N. 45. –p. 495, 500.

⁴⁵ Lastra, R.M. *Legal Foundations of International Monetary Stability*. Oxford: Oxford University Press, 2006. – p. 464.

⁴⁶ Avgouleas E.. *International Financial Regulation. Access to finance, systemic stability, and development*. BWPI Working Paper 49. June 2008. – Mode of access: <http://www.bwpi.manchester.ac.uk/resources/Working-Papers/bwpi-wp-4908.pdf>; <http://ideas.repec.org/p/bwp/bwppap/4908.html> ; Avgouleas E. *Financial Regulation, Behavioral Finance, .Access to finance, systemic stability, and development*. BWPI Working Paper 49, June 2008.

- ⁴⁷ Giovanoli M. The Reform of the International Financial Architecture. – Mode of access: http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv4/groups/public/@nyu_law_website_journals_journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_064909.pdf Последнее посещение 20.02.2013.
- ⁴⁸ Frattianni, M., and Pattison, J. Op.cit.
- ⁴⁹ Giovanoli M. A New Architecture... – p. 30-31.
- ⁵⁰ Режим доступа: <http://www.financialstabilityboard.org/cos/index.htm> Последнее посещение 23.03.2011.
- ⁵¹ Режим доступа: http://www.financialstabilityboard.org/cos/key_standards.htm Последнее посещение 20.12.2012. Сами стандарты или принципы в русскоязычных документах чаще всего именуется «основными» или «основополагающими».
- ⁵² Так организация именуется в собственных переводах англоязычных документов на русский язык. Встречается также наименование « Международная ассоциация органов страхового надзора».
- ⁵³ IMF & WB. Assessing Implementation of Standards: A Review of Experience and Next Steps. 2001. – Mode of access: <http://www.imf.org/external/np/pdr/sac/2001/eng/review.pdf> Последнее посещение 18.02.2013.
- ⁵⁴ OECD Codes of Liberalization of Capital Movements and of Current Invisible Operations. User's Guide. – OECD Publications. – 2007. – p. 8.
- ⁵⁵ Цит. по: Lastra R.M. Legal Foundations of International Monetary Stability. Oxford: Oxford University Press, 2006. – p. 458. На декабрь 2012 г. такой информации на сайте не размещено, она заменена на примерно аналогичную. – Режим доступа: <http://www.bis.org/bcbs/aboutbcbs.htm>.
- ⁵⁶ Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information. 2002. – Mode of access: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPI126.pdf>.
- ⁵⁷ Giovanoli M. A New Architecture... – p. 35-36. Для классификации мягкого права М. Джованоли также использует и другие критерии.
- ⁵⁸ Режим доступа: <http://www.financialstabilityboard.org/cos/standards.htm> Последнее посещение 24.07.2012.
- ⁵⁹ Режим доступа :<http://www.financialstabilityboard.org/cos/standards.htm> Последнее посещение 24.07.2012.
- ⁶⁰ Если допустимо перефразировать цитату, приведенную выше .См сноски 6 (France v. Turkey, 1927 P.C.I.J. (Ser. A) No. 10 (Sept. 7). – Mode of access : <http://www.scribd.com/doc/43348255/Lotus-Summary>; http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus).
- ⁶¹ Schwarzenberger G. Op.cit. –p. 147.
- ⁶² Guzman, A.T., Meyer, T.L. International Soft Law. Op.cit.
- ⁶³ Некоторые авторы именуется официальные стимулы «институциональными» (К. Брамер, Р. Ластра).
- ⁶⁴ Frattianni, M., Pattison, J. Op.cit.
- ⁶⁵ Например, К.Александр Р. Ластра, Р.Делонис, К.Брамер и др.
- ⁶⁶ Khan, M. S., Sharma, S. Conditionality and Country Ownership of Programs. – Washington DC: IMF. – 2001. – p. 14.
- ⁶⁷ Brummer, C. How International Financial Law Works... - p. 284.

⁶⁸ G-20. Declaration on Strengthening the Financial System (April 2, 2009).- Mode of access: http://www.g20.org/Document/Fin_Deps-Fin_Reg_Annex_020409_-_1615_final.pdf.

⁶⁹ Lastra, R.M. Legal Foundations... – p. 467-468.

⁷⁰ FATF. Non Cooperative Countries and Territories. –Paris: OECD Financial Action Task Force.- 2004.- Mode of access: http://www1.oecd.org/fatf/NCCT_en.htm#List.

⁷¹ OECD. List of Noncooperative Tax Havens. – Mode of access: http://www.oecd.org/document/57/0,2340,en_2649_33745_30578809_1_1_1_37427,00.html Последнее посещение 19.02.2013.

⁷² Group of Ten. Report of the Working Group on Strengthening Financial Systems.- Basel: BIS. – 1998. – pp. 42-46.

⁷³ Group of Ten. Report of the Working Group on Strengthening Financial Systems.- Basel: BIS. – 1998. – pp. 42-46.

⁷⁴ Gold, J. Interpretation: The IMF and International Law. – London, The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1996. – pp. 299-401; Gold J. Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements// American Journal of International Law. – 1983. – N.77. – p.443-489.

⁷⁵ Giovanoli M. A New Architecture... – p. 51-52; Padoa-Schioppa T., Saccomanni F. Managing a Market-Led Global Financial System // Managing the World economy Fifty Years After Bretton Woods. – Ed. Peter K. Kenen. – Washington DC: Institute of International Economics, 1994. – p. 266.

⁷⁶ Giovanoli M. A New Architecture... – p. 53.

⁷⁷ Lichtenstein, Cynthia C. Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?// International Layer. – 2001. – Vol. 35. – p. 1433.

⁷⁸ Padoa-Schioppa T. Regulating Finance. – Oxford: Oxford University Press, 2004. – p. 41.

Soft Law as International Financial Regulation Method in the Foreign Financial Law Doctrine (Summary)

*Vladislav V. Kudryashov**

The article deals with the foreign approaches to soft law as a range of non-binding instruments issued by the international financial institutions. Soft-law method is widely recognized and has practical application in all areas of international financial regulation although till now there is no single understanding of this phenomenon both in the Russian and foreign law doctrines. The method is particularly widespread in the international financial sphere where its instruments include various codes of conduct, best practices, key principles, guidelines, recommendations, and instructions known as “international financial standards”. These standards are developed by international financial regulators – the IMF, the Basel Committee on Banking Supervision, IOSCO, FATF, the IASB and others, and its compliance is stimulated and jointly controlled by the IMF and the World Bank. It is concluded that the interaction of hard and soft law is increasingly important in the globalizing world and it is necessary to conceptualize its ambivalent results.

Keywords: international financial law; financial regulation; soft law; financial standards.

* Vladislav V. Kudryashov – Ph.D., associate professor of the chair of Financial Law, Financial University under the Government of the Russian Federation; 3rd Class State Counselor of the Russian Federation.

Новое международное право: к вопросу о сущности

*Байльдинов Е. Т.**

Статья посвящена проблеме соотношения между собой основных (общепризнанных) принципов современного международного права (ОПМП) и необходимости признания их неравнозначности и неодинаковой юридической силы. Автор высказывает необходимость нового взгляда на международное право, основная социальная цель и предназначение которого, по нему, должны состоять в обеспечении устойчивости глобального (общечеловеческого) развития, понимаемого как безопасное, свободное, всестороннее и гармоничное развитие каждой личности, каждого народа и каждого государства в согласии с окружающей природной и социальной средой на основе равных прав и равных возможностей. В качестве основы для формирования так называемого «нового» международного права автор предлагает свое видение иерархически выстроенной системы ОПМП.

Ключевые слова: новое международное право; основные принципы; устойчивость; глобальное развитие.

Проблема соотношения между собой основных (общепризнанных) принципов международного права (ОПМП) является, пожалуй, одной из важнейших не только доктринальных, но и практических проблем¹. В последние два десятилетия поведение отдельных государств

* Байльдинов Ергали Темуржанович – к.э.н., доцент кафедры конституционного и международного права Новосибирского государственного технического университета, доцент кафедры международного права Новосибирского государственного университета. ergali.06@mail.ru.

на международное арене и, соответственно, их международно-правовые доктрины, базирующиеся на позициях реализма, вошли в серьезное противоречие с основной доктриной современного международного права, исходящей из равнозначности и равной юридической силы всех основных принципов между собой². В практике международных отношений этих государств мы видим, что принципы уважения прав человека и невмешательства не просто коллидируют между собой: принцип уважения прав человека в системе ОПМП ставится выше принципа невмешательства по своей юридической силе. То же самое можно сказать и о коллизии принципов самоопределения народов и территориальной целостности государств. Сегодня мы находимся в очень сложной и в то же время интересной ситуации, когда следует либо признать неравнозначность ОПМП между собой и тогда выстроить соответствующую иерархию между ними, в дальнейшем укрепляя на этой основе ООН, либо стать свидетелем постепенной утраты современным международным правом своих правовых характеристик.

Думается, что международное сообщество пойдет все-таки по первому пути, и этот путь фактически будет означать начало процесса формирования нового международного права. Представляется также, что гуманитарная интервенция в той или иной форме будет легализована, и принципиальным вопросом здесь станет, очевидно, только определение и строгая регламентация оснований, субъектов, форм, методов, средств, а также объема такого вмешательства. К такому выводу приводит наличие трех очевидных и взаимообусловленных фактов:

1. С развалом СССР в явной форме выразилась обусловленность современного международного права интересами наиболее сильных в военном, экономическом и культурном смысле держав, а не интересами международного сообщества в целом. Другими словами, в понимании сущности международного права верх взяла концепция структурного реализма.

2. Нарушение баланса силы в пользу США привело к снижению авторитета международного права: мир стал свидетелем того, что не только известные постоянные члены Совета Безопасности, но и некоторые обычные члены ООН позволяют себе не замечать существования международного права, когда им это становится выгодным. В этом, очевидно, отражается нигилистический подход к международному праву.

3. В результате нарушения баланса силы в международных отношениях и потери устойчивости международного правопорядка возникла объективная необходимость в реформировании международного права, а вместе с ним и международного порядка (правопорядка), в том направлении, которое позволит поддерживать хотя бы относительную устойчивость общемирового развития. Другими словами, существует потребность в новом видении международного права, способном обеспечивать более безопасный, более гармоничный и более справедливый миропорядок. Предназначение этого «нового» международного права, как представляется, должно состоять не только и не столько в сохранении баланса интересов большинства государств, сколько в обеспечении наиболее общих интересов всего человечества в целом. Иначе говоря, новое международное право должно регулировать отношения между государствами не просто в интересах своих народов, но и так, чтобы эти интересы не противоречили бы интересам человечества в целом. В этой связи представляется, что основной целью нового международного права следует признать устойчивость глобального (общечеловеческого) развития, т.е. **безопасное, свободное, всестороннее и гармоничное развитие каждой личности, каждого народа и каждого государства в согласии с окружающей природной и социальной средой на основе равных прав и равных возможностей.**

Процесс формирования нового международного права, видимо, и будет представлять собой решение вышеназванной триединой задачи.

Если следовать по пути признания неравнозначности ОПМП между собой, то тогда необходимо научно обосновать соответствующую иерархию принципов и их взаимное соотношение. Отдельными учеными высказывались ранее мнения о неравнозначности принципов³, однако в целом представленные в доктрине различные классификации ОПМП и варианты их систематизации исходят из признания их полного юридического равенства⁴.

В этой связи хотелось бы поделиться своими взглядами на возможную иерархию ОПМП, которая могла бы способствовать более устойчивому развитию человечества. Предлагаемая ниже классификация (систематизация) ОПМП является своего рода попыткой устранить названные внутренние противоречия и выстроить все принципы в строгой юридической иерархии в зависимости от важности каждого принципа для человечества в целом. В основу ее положен базовый, наиболее важный для всего человечества, принцип – принцип уважения

прав и основных свобод человека. Представляется, что все остальные принципы должны рассматриваться как производные от него, логически и иерархически вытекающие из него и предыдущих принципов, и поэтому, на наш взгляд, должны обладать юридической силой в строгом соответствии со своим иерархическим положением в предлагаемой системе основных принципов международного права.

1) Принцип уважения прав и основных свобод человека, на наш взгляд, является наиболее важным, а потому центральным и исходным во всей системе основных принципов международного права. Он затрагивает базу человеческого существования и развития. Без обеспечения права на жизнь и других естественных прав и основных свобод человека невозможно развитие никакой, даже самой элементарной, общественной системы. В этой связи представляется, что принцип уважения прав человека должен развиваться в направлении юридического обеспечения динамического баланса (гармонии) наиболее общих прав каждого человека (человечества), который каждое государство обязано поддерживать не только на своей территории, но в своих сношениях с внешним миром. Представляется также, что наиболее общие права каждого человека (человечества) в концентрированном виде можно выразить как безопасное, свободное, всестороннее и гармоничное развитие, но в согласии с окружающей природной и социальной средой на основе равных прав и равных возможностей. Если первая часть данной формулы есть «свернутый» перечень общепризнанных прав каждой отдельной личности, то ее вторая часть представляет собой ограничения этих прав, вызванные наличием таких же прав у других людей, живущих в едином природном и социальном контексте с каждым конкретным человеком. Отсюда следует, что перечень и объем прав человека не есть некий незыблемый Абсолют, а есть величина переменная, динамичная, определяемая лишь необходимостью обеспечения гармонии прав всех членов рассматриваемого общества, будь то отдельное государство, сообщество государств или человечество в целом. Гармония прав всех членов рассматриваемого общества означает, что все члены такого общества обладают одинаковым перечнем прав в одинаковом объеме. Очевидно, что чем из большего количества членов состоит рассматриваемое общество, тем меньше будет возможный перечень реальных прав и их объем у каждого отдельно взятого члена общества, и наоборот. Таким образом, согласие с окружающей природной и социальной средой на основе равных прав и равных возможностей

предполагает возможность изменения (причем, как в сторону ограничения, так и в сторону расширения) перечня и объема прав отдельной личности в целях достижения и/или поддержания социальной гармонии (устойчивости общечеловеческого развития).

Сказанное тем самым означает, что права отдельного человека не могут иметь приоритет над правами народа (национальными правами), суверенными правами государства. Они должны находиться в контексте прав народа (нации). Национальные права как совокупные и наиболее общие права каждого члена нации не должны нарушаться действиями отдельных лиц под предлогом реализации ими своих прав. Поэтому в демократическом правовом государстве национальные права, как правило, полностью совпадают с базовыми правами человека. Права и интересы отдельного индивида не могут стоять выше прав и интересов всех и каждого, прав и интересов общества, в котором он живет, будь то семья, трудовой коллектив или нация в целом. Поскольку в демократическом правовом государстве правительство выражает и реализует права и интересы всей нации в целом, то, соответственно, права и интересы отдельной личности не должны противоречить национальным (суверенным) правам и интересам как наиболее общим для каждого гражданина страны правам и интересам. В тоталитарных государствах, где национальные права и интересы определяются одной персоной единолично или узким кругом бессменно находящихся у власти людей, возможны не только нарушения прав отдельного человека, но и нации в целом. И исторических примеров тому предостаточно. Всеобщая Декларация прав человека 1948 года также говорит о приоритете общих интересов над индивидуальными. «Каждый человек имеет обязанности перед обществом, в котором только и возможно свободное и полное развитие его личности». При этом прямо предусматривается возможность ограничения прав только в интересах «общего благосостояния в демократическом обществе» (статья 29).

2) Принцип равноправия и самоопределения народов следует рассматривать как напрямую вытекающий из принципа уважения прав и основных свобод человека: если все люди на Земле равноправны и свободны в выборе путей своего развития, то и народы, которые эти равноправные и свободные люди формируют, также равноправны и имеют право самостоятельно определять свою судьбу. Эта очевидная логика подчеркивает иерархическую связь и соподчиненность принципа прав человека и принципа равноправия и самоопределения

народов. Однако право народов на самоопределение, равно, как и права человека, ограничено правами других народов, совместно проживающих на определенной территории, и оно может быть реализовано только с согласия этих народов. С нашей точки зрения, именно так должен пониматься данный принцип, поскольку только в этом случае снимается противоречие между этим принципом и принципом территориальной целостности.

В связи с тем, что некоторые авторы в соответствующей литературе⁵ называют этот принцип «принципом равноправия и самоопределения народов и наций», запутывая и без того сложную проблему понимания основных принципов, следует, на наш взгляд, дать четкое и однозначное определение понятия «народ» в отличие от понятия «нация».

К сожалению, в российской и постсоветской литературе по международному праву нет четкого разделения этих понятий. Общеизвестно, что в постсоветском сознании, не только на бытовом, но и на политическом и научном уровнях, достаточно прочно укоренился стереотип, в соответствии с которым под нацией понимается некая этнически однородная общность людей. Устоявшиеся в обиходе словосочетания «межнациональные отношения», «национальная политика», предполагающие соответственно отношения между различными этническими группами и политику титульного этноса по отношению к другим этносам, как раз и отражают этот феномен.

Понятие «народ» здесь имеет два значения: одно из них подразумевает совокупное население страны, а второе – некую этническую группу в структуре населения страны. Другими словами, с точки зрения человека постсоветской формации (*homo postsovieticus*), понятия «нация» и «народ» в своем втором значении идентичны. Более того, для обозначения относительно небольшой по численности этнической группы в структуре населения страны используют понятие «народность». Все это значительно усложняет и запутывает детерминацию понятий «нация», «национальность», «народ», «народность», «этнос» и т.д.

В современной же западной доктрине международного права под нацией понимается совокупность граждан некоего государства, как правило, вне зависимости от их этнической принадлежности. В этом смысле нация – это самоопределившийся народ, создавший собственное суверенное независимое государство. Если термин «национальность» в «советском» менталитете предполагает принадлежность того или

иню индивида к определенной этнической общности, смешивая его с понятием «нация» или «народ» в русском значении этих слов, то в западной культуре это понятие однозначно и четко обозначает принадлежность индивида к определенной нации как совокупности граждан некоего государства, т.е. гражданство индивида. При этом его этническая принадлежность и не предполагается.

Понятие «народ» (people) в западной культуре имеет три значения. Первое, так же, как и в постсоветском сознании, означает население некоей страны в целом без какой-либо детерминации его этнической принадлежности или этнического состава. Второе значение подразумевает некую этническую общность. Третье же значение имеет несколько расплывчатый смысл – люди в целом как некая совокупность индивидов. Нюанс заключается в том, что для случая самоопределившегося народа понятия nation и people имеют одинаковый смысл, а для случая несамоопределившихся народов или народов в составе полиэтнического населения некоей страны – разный.

Таким образом, сущность первой части принципа равноправия и самоопределения народов заключается в том, что *равноправны между собой как самоопределившиеся, так и не самоопределившиеся народы*, равноправны нации и народы. Эта сущность отражена и в названии принципа.

Отсюда становится очевидным, как важно учитывать разность менталитетов при интерпретации принципов международного права. Даже собственно в разных версиях одного и того же понятия, *international law* и «международное право», существует разница в отражении его смысла. Русский вариант не совсем корректно отражает сущность этого понятия, передавая его как право между народами. Термин *international law* («межнациональное» в смысле межгосударственное право) более удачен в интерпретации не только понятия «международное право», но и понятия «нация», имея в виду страну, государство, организованную в государство общность людей. На эту проблему также обращает внимание Лукашук И.И. и другие ученые⁶.

3) Принцип суверенного равенства государств. Данный принцип необходимо рассматривать как логически вытекающий из предыдущего принципа. Его правовая сущность в таком случае будет заключаться в следующем: если юридически равноправны и свободны все народы, населяющие Планету, то и все государства, которые образовали свободные и равноправные народы, также юридически равноправны,

свободны и независимы друг от друга⁷. При этом именно свободные и равноправные народы, формируя через законные выборные процедуры свои государства, наделяют их суверенитетом. С нашей точки зрения, о суверенном равенстве можно говорить лишь в демократическом смысле, т.е. только тогда, когда народы соответствующих государств как источники национальных суверенитетов законным образом наделили свои правительства властными полномочиями. В противном случае такие правительства незаконны, и, следовательно, по отношению к руководимым ими государствам принцип суверенного равенства может применяться по усмотрению.

4) Принцип невмешательства во внутренние дела суверенного государства. Нам представляется, что данный принцип следует рассматривать как иерархически вытекающий из принципа суверенного равенства государств, при этом суверенное равенство, как было здесь показано, основано на равенстве народов, а равенство народов, в свою очередь, вытекает из признания прав человека и равноправия всех людей на Земле. Следовательно, каждое суверенное с демократической точки зрения государство обязано признавать не только суверенитет других государств, сформированных в соответствии с волей своих народов, и их суверенные права, но и уважать и защищать на своей территории права человека и равноправие людей вне зависимости от их гражданства и этнической принадлежности, а также права этнических групп, поскольку принцип уважения и защиты прав человека и принцип равноправия и самоопределения народов в предлагаемой системе принципов имеют более высокое иерархическое положение. Отсюда следует несколько иная интерпретация принципа невмешательства, а именно, вмешательство во внутренние дела суверенного государства в целом недопустимо, но может быть юридически оправдано только в случаях:

- нарушения этим государством прав человека или его способности обеспечить эти права;
- нарушения этим государством прав своего населения или отдельных этнических групп либо его способности обеспечить эти права;
- нарушения суверенных прав данного государства со стороны внутренней оппозиции или со стороны других государств.

При этом вмешательство должно осуществляться только со стороны мирового сообщества в целом в лице ООН, а методы, средства

и пределы такого вмешательства должны быть строго регламентированы в ее Уставе.

Действия государства, систематически нарушающие права человека и права своего народа, не могут быть признаны законными. Только сам народ может делегировать государству право ограничивать себя в правах через законно принятую конституцию и соответствующие ей законы. Поскольку, с демократических позиций, права народа есть совокупные, наиболее общие и равные по объему права каждого из жителей государства, следует признать легитимным только такое вмешательство во внутренние дела суверенного государства, которое совершается от имени и с санкции ООН с целью защиты прав человека, прав народа в целом (а также отдельных этнических групп в его составе) или суверенных прав соответствующего государства. С этой точки зрения глава VII Устава ООН, предусматривающая превентивные и принудительные меры, должна быть дополнена, на наш взгляд, этими положениями.

5) Принцип территориальной целостности государств предлагается рассматривать как иерархически вытекающий из принципа суверенного равенства государств, а также принципа невмешательства. Территория государства может быть изменена каким-либо образом только с согласия нации (народа данного государства) и на основе международного договора с заинтересованными государствами.

6) Принцип нерушимости границ следует рассматривать как логическое продолжение предыдущего принципа. Более того, на наш взгляд, данный принцип можно рассматривать как часть предыдущего принципа, поскольку правовое содержание принципа территориальной целостности уже само по себе предполагает и нерушимость границ. Поэтому представляется, что более эффективно этот принцип будет выполнять свое предназначение, если он будет закреплён как принцип неприкосновенности границ и в этом смысловом направлении будет развито его правовое содержание.

7) Принцип сотрудничества логически вытекает из всех предыдущих принципов, поэтому его иерархия и место в системе принципов определяется данной правовой логикой. На наш взгляд, юридическая сила данного принципа имеет, безусловно, императивный характер. Однако, как было показано ранее, целый ряд крупных ученых, в том числе и профессор Лукашук И.И., выражают сомнение по поводу его обязательной юридической силы. Более того, отдельные

юристы-международники видят в этом принципе не обязанность государств, а их право. Нельзя заставить суверенное государство сотрудничать с кем бы то ни было, если оно не заинтересовано в таком сотрудничестве⁸. Тем не менее, представляется, что принцип сотрудничества следует считать императивной нормой международного права, поскольку названное противоречие разрешается, если применить в исследовании данной проблемы системный подход, а также, если понимать международное право как обеспеченную заинтересованными государствами систему норм, регулирующих отношения между ними в интересах своих народов и в гармонии с наиболее общими правами и интересами всего человечества.

Необходимость сотрудничества вытекает из естественной потребности любой социальной структуры, в том числе и государства, развиваться. Совершенно очевидно, что без сотрудничества нет развития. Без сотрудничества мужчины и женщины невозможно построить счастливую семью, без сотрудничества членов трудового коллектива невозможно развитие организации, без сотрудничества заинтересованных в нем компаний невозможно развитие каждой компании в отдельности. Это – аксиома. Развитие в самом общем смысле этого слова – основная цель любого человека, любого общества, любого государства, любого социального образования. Поэтому для обеспечения развития какой-либо социальной системы структурно входящие в нее подсистемы обязаны сотрудничать между собой, учитывая права и интересы друг друга.

Если под системой понимать все человечество, то отдельные суверенные государства будут являться ее подсистемами, и, следовательно, обязаны сотрудничать в достижении общечеловеческих целей. Если же речь идет об общих целях отдельных взаимозависимых государств, то под системой необходимо понимать совокупность только тех государств, для которых эти цели являются общими. В этом случае принцип сотрудничества будет являться императивной нормой только для заинтересованных государств, т.е. для государств, создавших «малую» систему.

В соответствии с предлагаемым в настоящей работе «новым» видением международного права, его основной целью следует признать обеспечение устойчивости общечеловеческого развития, определяемой здесь как *безопасное, свободное, всестороннее и гармоничное развитие каждой личности, каждого народа и каждого государства в согласии с окружающей природной и социальной средой на основе равных*

прав и равных возможностей. Если исходить из данной цели международно-правового регулирования, то все государства обязаны сотрудничать между собой в интересах своих граждан и народов, но в гармонии с правами и интересами всего человечества.

Таким образом, принцип сотрудничества необходимо считать императивной нормой для всех взаимозависимых государств. Однако, учитывая тот факт, что мир стал весьма взаимозависимым, то очевидным становится и то, что этот принцип должен рассматриваться как обладающий безусловной юридической силой для всех государств *erga omnes*.

8) Принцип Pacta sunt servanda следует рассматривать логически вытекающим из предыдущего принципа. Совершенно справедливым является то обстоятельство, что если государства сотрудничают между собой, то и обязательства, которые они на себя взяли в этом сотрудничестве, должны добросовестно выполняться.

9) Принцип мирного разрешения международных споров также вытекает из предыдущего принципа. Разумеется, что при всяком сотрудничестве, всяком взаимодействии могут возникать различные споры, которые могут привести даже и к военным столкновениям. Поэтому императив данного принципа обязывает государства разрешать любые свои споры, возникающие у них с другими государствами или каким-либо иными субъектами международного права, только мирными средствами.

10) Принцип воздержания от применения силы или угрозы силой целесообразно, на наш взгляд, рассматривать как логически вытекающий из предыдущего: если все споры должны разрешаться исключительно мирными средствами, то применение военной силы или угрозы ее применения, за исключением случаев, предусмотренных Уставом ООН, должно быть запрещено.

Итак, на основе всестороннего исследования основных принципов международного права мы попытались разрешить их внутреннее противоречие, логически обосновать и иерархически выстроить их систему, в которой исходным является принцип уважения прав человека. При противоречии между принципами приоритетом должны пользоваться те принципы, которые находятся выше по своей иерархии. Представляется, что в таком систематизированном виде они будут больше способствовать глобальной устойчивости.

¹ См., напр.: Проблемы гуманитарной интервенции и защиты граждан за рубежом // Международная жизнь. 2009. №7. С.33; Малеев Ю.Н. Неизвестные, но общепризнанные // Международное право. 2005. №1(21). С. 5-20.

² См., напр.: Тункин Г.И. Теория международного права. М., 1970. С.56-100; Алексидзе Л.А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы. Тбилиси, 1982; Шестаков Л.Н. Императивные нормы в системе современного международного права. М., 1982.

³ См., напр.: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005. С.299.

⁴ См., напр.: Бобров Р.Л. Основные проблемы теории международного права. М., 1968. С.197-198; Международное право / Под ред. Н.Т. Блатовой. М., 1987. С. 91-92.

⁵ См., напр.: Международное публичное право / Под ред. К.А.Бекяшева. М.: Проспект, 1999. С. 73.

⁶ См., напр.: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 14-15.

⁷ А. Фердросс, например, считал, что принцип суверенного равенства «не означает, что все государства имеют равные права, а лишь то, что ни одно суверенное государство не подчинено другому». Однако это мнение не кажется нам бесспорным. (Цит. по: Международное публичное право / Отв. Ред. К.А. Бекяшев. М.: Проспект, 2009. С. 118).

⁸ См.: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 320.

A New International Law (Summary)

*Ergali T. Baildinov**

The article is dedicated to the problem of basic principles of international law co-relation between each other. The author argues a necessity of recognition of the basic principles non-equal legal force. He proposes a new view on international law whose main social objective should be recognized as ensuring a sustainability of global human development understood as a global social harmony. As a basis for a *new* international law the basic principles of international law author-seen hierarchy is proposed.

Keywords: New International law; basic Principles; sustainability; global development.

* Ergali T. Baildinov – Ph.D., assistant professor of the Chair of Constitutional and International law of the Novosibirsk State Technical University; assistant professor of the Chair of International law of the Novosibirsk State University. ergali.06@mail.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Протоколы банкротства как особый «инструмент» регулирования процедуры трансграничного банкротства (Часть 2)

*Хизунова А.Н.**

В первой части данной статьи рассматриваются проблемы реализации разработанных принципов и моделей проведения процедур трансграничного банкротства, анализируются различные международные документы, разработанные как основа взаимодействия государств в рамках трансграничных банкротств, а также практика иностранных государств по данной проблеме. Кроме того, в первой части статьи автор анализирует документы о принципах сотрудничества участников процедуры трансграничного банкротства, которые могут использоваться и в Протоколах банкротства.

Во второй части статьи автор предпринимает попытку ближе рассмотреть такой правовой инструмент как Протокол банкротства, выделяя общие черты (элементы) Протоколов банкротства. Автор анализирует Протокол банкротства по делу одного из крупнейших инвестиционных банков США. Делается вывод об эффективности использования Протоколов банкротств, широко утверждаемых судами за рубежом, и возможности применения Протоколов банкротства в России, в том числе, в силу существования сложностей признания Россией иностранных банкротств.

Ключевые слова: трансграничная несостоятельность (банкротство); протокол (трансграничного) банкротства; соглашение о координации

* Хизунова Александра Николаевна – LL.M., юрист Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и Партнеры» города Москвы. a.khizunova@rospravo.ru.

иностранных производств по делам о несостоятельности (банкротстве); измененный универсализм; взаимность.

3.2. Общая структура Протоколов банкротства

3.2.1. Общая цель заключения Протоколов банкротства

Согласно решению по делу *MacFadyen* (1908 г.) Протокол банкротства – это «надлежащая и разумная форма делового сотрудничества, которое должно иметь место, явно заключенная во благо всех заинтересованных сторон»¹. В преамбулах Протоколов банкротства подчеркивается, что такие документы регулируют поведение всех заинтересованных лиц в рамках производства по делу о банкротстве².

В тоже время, наверное, не следует соглашаться с утверждением о том, что Протоколы банкротства могут быть охарактеризованы как «международные частнопроводные договоры по вопросам банкротства» (“*private international insolvency treaties*”), поскольку Протоколы банкротства в сравнении с международным договором не имеют обязательной для суда силы, и каждый кредитор вправе не утвердить Протокол банкротства³.

Необходимо указать, что инициаторами переговоров, дальнейшего составления и заключения Протоколов банкротства выступают как должники, так и управляющие по делу о банкротстве, а также и сами суды⁴. Следовательно, как и публичные участники процедуры банкротства (суды, иные органы), так и должники, кредиторы, иные лица вправе предложить заключение (утверждение) Протокола банкротства в целях регламентации процедуры трансграничного банкротства.

3.2.2. Протоколы банкротства наиболее широко используются при взаимодействии правовых систем США и Канады

В основном Протоколы банкротства заключаются и утверждаются в рамках процедур трансграничной несостоятельности компаний США и Канады. Однако участники процедур трансграничного банкротства иных юрисдикций также используют данные правовые инструменты.

Примером урегулирования трансграничного банкротства в отношении английского товарищества *P. Macfadyen & Co* посредством заключения Протокола банкротства между английским и индийским управляющими по делам о несостоятельности является дело *MacFadyen*

(1908 г.): соглашение (Протокол) содержало условие об утверждении судами Англии и Индии⁵. По делу *Lancelot Investors Fund Ltd.* Протокол банкротства был утвержден судами США и Каймановых островов⁶. В деле компании *SENDO INTERNATIONAL LIMITED* (2006 г.) управляющим по делам о банкротстве в Англии (основное производство) и во Франции (неосновное) удалось заключить Протокол банкротства, который также подписывался французским судом⁷.

Таким образом, все же имеются примеры заключения Протоколов банкротства не только в рамках США и Канады. Однако представляется, что причина многочисленных случаев взаимодействия судов США и Канады (участников производств о несостоятельности в отношении американских и канадских корпораций) кроется в длительном опыте взаимодействия и возможном сходстве регулирования процедур несостоятельности (банкротства) этих юрисдикций.

3.2.3. Содержание Протоколов банкротства

Важно отметить, что первые Протоколы банкротства были достаточно короткими (от 8 до 10 страниц), не учитывая текст определения суда об утверждении Протокола банкротства⁸. Постепенно содержание Протоколов банкротства увеличилось до 20–25 страниц в среднем (текст положений Протокола занимает примерно 14 страниц, но Протокол включает в качестве приложения Руководящие принципы сотрудничества судов)⁹.

По своему содержанию Протоколы банкротства отличаются друг от друга тем, что некоторые из них содержат исключительно общие положения, другие же Протоколы более детально регламентируют условия, на основе которых будет проводиться процедура трансграничного банкротства.

В большинстве случаев Протоколы банкротства, как правило, заключаются до возбуждения официальной процедуры банкротства¹⁰.

Прежде всего, в Протоколах банкротства содержатся, наряду с иным, положения, регулирующие следующие вопросы:

– факты по делу (описание ситуации, сведения о должнике: организационно-правовая форма, полное фирменное наименование, государство инкорпорации, центр ведения коммерческой деятельности, установление связей между материнской и дочерней компаниями (пар. 1-7 дела *Calpine Corporation*¹¹, пар. 1-4 дела *Laidlaw Inc.*¹²), установление наличия иных компаний или фондов, созданных для достижения

особой цели (“*Special Purpose Vehicle*”) (например, пар. 1 дела *Lancelot Investors Fund Ltd.*)¹³;

- цели Протокола банкротства и намерения сторон;
- правила толкования и терминология;
- порядок внесения изменений в текст Протокола банкротства;
- порядок доступа к информации и конфиденциальность;
- режим требований (распределение требований по категориям и порядок их удовлетворения);
- порядок урегулирования разногласий и споров;
- процесс распределения активов должника в пользу кредиторов, пределы использования активов должника и распоряжения ими;
- вопросы возможности/невозможности предъявления требований к менеджерам должника в период приостановления производства по делу о банкротстве¹⁴;
- применимое право, приоритет производств;
- язык взаимодействия;
- порядок и форма направления уведомлений;
- распределение ответственности между сторонами Протокола банкротства;
- схема сотрудничества судов различных государств (международная вежливость и независимость) и распределение ответственности между управляющими в делах о банкротстве;
- лица, выступающие в качестве представителей кредиторов и должника в каждой юрисдикции;
- вопросы координации процедуры (плана) реорганизации или реструктуризации;
- вопросы распределения издержек и сборов;
- вопросы рассмотрения споров в отношении активов должника;
- вопросы возбуждения будущих производств;
- вопрос сохранения прав в соответствии с материальным правом той или иной юрисдикции.

Проанализировав вышеуказанный перечень, нельзя не прийти к выводу о том, что данные соглашения в значительной степени «напоминают» частноправовую сделку. Тем не менее, публично-правовой элемент Протокола банкротства редко остается за «ширмой», поскольку важным является именно проблема согласования с судами различных юрисдикций вопросов взаимодействия между ними в целях наиболее эффективной реализации процедуры трансграничной несостоятельности.

Кроме того, из перечня положений Протоколов банкротства можно сделать вывод о том, что данные соглашения заключаются не только по процессуальным вопросам, а также и по вопросам материального права (вопросы применимости того или иного материального права к конкретному аспекту, вопросы полномочий управляющих в деле о банкротстве, режим требований, порядок расторжения недействительных сделок, квалификация сделки как недействительной и так далее). Следовательно, нельзя утверждать, что данные соглашения представляют собой лишь воплощение сотрудничества судов и участников производства по процессуальным аспектам.

Достаточно часто в качестве приложений к Протоколу о банкротстве используются *Принципы, применимые к отношениям между судами по трансграничным судебным делам (между странами НАФТА), опубликованные Американским юридическим институтом (16 мая 2000 г.) и принятые Международным институтом по вопросам несостоятельности (10 июня 2001 г.)* (далее – «**Руководящие принципы сотрудничества судов по трансграничному банкротству**») ¹⁵. Следовательно, в последнее время именно на базе данного документа в рамках Протоколов банкротства устанавливаются основы сотрудничества судов различных юрисдикций между собой в рамках процедуры трансграничного банкротства.

Таким образом, как показывает практика, Протоколы банкротства в большинстве своем представляют собой детально разработанные соглашения о том, каким образом будет осуществляться банкротство той или иной многонациональной корпорации. При этом то, от какого субъекта процедуры банкротства (от суда, управляющего в деле о банкротстве, от должника, кредитора и так далее) будет исходить инициатива о разработке и составлении Протокола банкротства, не имеет принципиального значения. Важно также понимать, что данные Протоколы банкротства включают в себя согласование не только процессуально-правовых аспектов, но и материально-правовых аспектов, позволяя сложной процедуре трансграничного банкротства стать более эффективной и даже гибкой.

Однако такие соглашения не должны служить средством злоупотребления правом или средством обхода норм того или иного государства, вовлеченного в процедуру трансграничного банкротства ¹⁶. Во избежание подобной трактовки Протоколы банкротства содержат специальные оговорки о силе и обязательности выполнения требований

законодательства той или иной юрисдикции (такие положения содержатся и в Руководящих принципах сотрудничества судов по трансграничному банкротству).

3.3. Краткий анализ Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*

В целях иллюстрации изложенного выше, представляется важным проанализировать один из Протоколов банкротства. В качестве примера обратимся к Протоколу банкротства финансового гиганта *Lehman Brothers*¹⁷.

В Протоколе содержится предыстория утверждения Протокола банкротства, что в свою очередь создает более глубокое понимание необходимости принятия такого документа.

3.3.1. Предыстория утверждения Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*

По данному делу головная компания *Lehman Brothers Holdings Inc.* и иные аффилированные с этой компанией должники обратились в Суд США по делам о банкротстве Южного Округа Нью-Йорка с ходатайством о вынесении судом приказа об утверждении разработанного данными заявителями Протокола трансграничного банкротства группы компаний *Lehman Brothers* (далее – «Протокол», «данный Протокол», «Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers*») (Приказ Суда США по делам о банкротстве Южного Округа Нью-Йорка от 17 июня 2009 г. об утверждении предложенного Протокола трансграничного банкротства группы компаний *Lehman Brothers* (“*Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies*”).

Первые две особенности данного дела о банкротстве заключаются в том, что:

– инициатива о составлении и утверждении Протокола банкротства исходила от группы компаний-должников;

– должники обратились с ходатайством об утверждении Протокола в суд США, предусмотрев особый механизм «присоединения» к Протоколу в других юрисдикциях.

Как известно, компания *Lehman Brothers* занимала четвертую по величине позицию среди инвестиционных банков в США¹⁸

(пар. В Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Головная компания *Lehman Brothers* находилась в Нью-Йорке, а региональные штаб-квартиры – в Лондоне, Токио; компания имела сеть офисов в Северной Америке, Европе, Ближнем Востоке, Латинской Америке и Азиатско-Тихоокеанском регионе (пар. В Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). В группу компаний *Lehman Brothers* входило более 7 000 юридических лиц более чем в 40 государствах, а до возбуждения процедуры банкротства на балансе компании числились активы стоимостью более 630 миллиардов долларов¹⁹.

Подобное рассредоточение активов и коммерческой деятельности *Lehman Brothers* в рамках различных государств привело к тому, что на данные активы и деятельность распространялось действие права нескольких юрисдикций (форумов), и при наступлении банкротства (и введения иных аналогичных процедур) по инициативе должников (компания *Lehman Brothers* и ее дочерние компании)²⁰ потребовалось управление активами и деятельностью внутри данных юрисдикций, в том числе во избежание «конфликтов» между судами различных государств (пар. С Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

В связи с банкротством данного инвестиционного банка было инициировано 75 производств²¹ в 16 различных юрисдикциях²².

Таким образом, необходимость утверждения Протокола по делу *Lehman Brothers* была продиктована пониманием важности эффективного управления отдельными производствами в отношении каждого из аффилированных должников группы компаний. В целях такого эффективного управления требовалось обеспечить сотрудничество между представителями должников. Более того, должники осознавали и необходимость организации взаимодействия между судами и иными органами (далее совместно именуемые – «трибуналы»)²³ для обеспечения «эффективного управления делом и согласованности судебных решений» (пар. С Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Уникальность данного Протокола состоит в том, что Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* был рассчитан на применение как в странах англо-саксонской, так и в странах романо-германской правовых систем, поскольку в процесс банкротства *Lehman Brothers* были вовлечены наряду с США ряд стран Европы и Азии (пар. 13 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

3.3.2. *Общая структура Протокола банкротства по делу Lehman Brothers*

В Протоколе банкротства группы компаний *Lehman Brothers* рассматриваются следующие вопросы/представлены следующие разделы:

– предыстория: вопросы возбуждения процедуры банкротства и иных аналогичных процедур в отношении головной и дочерних компаний, предшествующая банкротству деятельность компании, необходимость принятия Протокола банкротства;

– условия данного Протокола:

1. цели и задачи;
2. порядок направления уведомлений;
3. право уполномоченных официальных (законных) представителей и кредиторов на участие в производстве по делу в судах и иных органах правосудия (трибуналах);
4. общение и доступ официальных (законных) представителей к сведениям и информации;
5. общение трибуналов между собой;
6. общение комитетов кредиторов различных должников в рамках группы;
7. сохранение активов должника при управлении ими в различных юрисдикциях;
8. предъявление требований к должнику;
9. особые процедуры для внутрифирменных споров (“*Special Procedures for Intercompany Claims*”);
10. представление плана прекращения деятельности (ропуска) компании, плана реорганизации или ликвидации или сделки по урегулированию долгов компании;
11. принцип международной вежливости (“*Comity*”);
12. внесение изменений в Протокол банкротства;
13. строгое соблюдение условий Протокола банкротства;
14. подписание и применение.

Приложением к Протоколу банкротства по делу *Lehman Brothers* также являются Принципы, применимые к сношениям между судами по трансграничным судебным делам. При этом каждому официальному (законному) представителю должника²⁴ предлагается обеспечить утверждение данных принципов трибуналом для более эффективного взаимодействия в рамках данного дела о трансграничном банкротстве (пар. 22(с) Ходатайства должников об утверждении Протокола

о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.). В случае возникновения противоречия между Протоколом банкротства и Принципами, применяется Протокол (пар. 5.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Таким образом, в целом Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* содержит положения, которые являются стандартными для подобного рода документов.

3.3.3. Субъекты, на которых распространялось действие Протокола банкротства по делу Lehman Brothers

Данный Протокол применяется не только в отношении сторон, но сохраняет свое действие для «их правопреемников, цессионариев, представителей, наследников, исполнителей, управляющих в делах о несостоятельности, доверительных управляющих, управляющих конкурсной массой должника <...>» и иных лиц (пар. 14.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.4. Обязательность Протокола банкротства по делу Lehman Brothers и возможность следования данному Протоколу без его подписания

Должники предложили рассматривать данный Протокол банкротства скорее не как юридически обязательный документ, а как совокупность намерений, некое руководство, создающие основу для сотрудничества (пар. 18 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.). Более того, осознавая, что, вероятно, не все представители кредиторов будут иметь возможность (сочтут необходимым) подписать Протокол банкротства, *Lehman Brothers* предусмотрели, что даже без подписания данного Протокола стороны могут руководствоваться его положениями (пар. 20 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

Механизм для принудительного обеспечения данного Протокола не предусмотрен. Следовательно, этот Протокол в отличие от многих других Протоколов банкротства не является юридически обязательным для исполнения.

Тем не менее, согласно данному Протоколу, предполагается, что постепенно большее количество участников присоединится к нему (пар.

пар. 18-20 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

Чтобы Протокол банкротства обрел обязательную юридическую силу в отношении конкретных официальных (законных) представителей и имущества, согласно пар. 14.6 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*, такой Протокол должен быть ими подписан и представлен в компетентный суд для утверждения или в соответствующий комитет кредиторов, если такое требование установлено применимым правом.

3.3.5. Задача утверждения Протокола банкротства по делу Lehman Brothers

В Протоколе банкротства по делу *Lehman Brothers* указывается, что задача данного Протокола — «минимизация расходов и увеличение взыскиваемой суммы каждого из кредиторов должников за счет улучшения обмена необходимой информацией сторонами и обеспечения транснационального сотрудничества в рамках производства» (пар. 1.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Особо подчеркивается, что Протоколом на официальных (законных) представителей не могут быть возложены такие обязанности, которые будут несовместимы или будут противоречить обязанностям официальных (законных) представителей согласно применимому праву (пар. 1.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Протокол также не может содержать положения, которые противоречат интересам сохранения имущества должника (пар. 1.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.6. Право управляющих в делах о банкротстве на заключение с другими сторонами по производствам в отношении конкретных должников самостоятельных двусторонних соглашений

Протоколом предусмотрено право официальных (законных) представителей на заключение самостоятельных (двусторонних) протоколов в развитие данного Протокола банкротства, в том числе для обеспечения взаимодействия (пар. 1.3 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Протокол допускает заключение официальными (законными) представителями двусторонних протоколов в отношении конкретных должников по этому делу при условии, что все участники процедуры проинформированы о заключении таких двусторонних соглашений (пар. 1.5 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.7. Право управляющих в деле о банкротстве выступать в суде

За официальными (законными) представителями признается право выступления во всех производствах согласно применимому праву, как перед любым трибуналом, так и на собраниях, проводимых по нормам применимого права каждого форума (пар. 3.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). При необходимости признания официально-го (законного) представителя в каком-либо форуме может требоваться получение экзекватуры или проведение иного аналогичного производства (пар. 3.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Однако если официальный (законный) представитель не может присутствовать в суде, он вправе направить письменные замечания для включения в материалы дела и представления сторонам по делу (пар. 3.3 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.8. Обязанность взаимного информирования участников по делу о банкротстве

Протоколом устанавливается общая обязанность официальных (законных) представителей информировать друг друга о развитии ситуации в отношении положения должников (пар. 4.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Так, официальные (законные) представители должны предоставлять другим официальным (законным) представителям сведения о должниках, активах и пассивах должников в той степени, в которой это допустимо, не нарушая режим конфиденциальности (пар. 4.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Официальным (законным) представителям запрещается распространять информацию, не имеющую статус публичной, которая была получена от другой стороны, за исключением случаев а) наличия согласия такой другой стороны на данное разглашение, б) определения любого трибунала, в) требований применимого права (пар. 4.4 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Данный Протокол не может нарушать режим конфиденциальности информации, режима иной тайны (например, юридической (адвокатской), профессиональной тайны) (пар. 4.5 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Комитеты кредиторов призваны передавать непубличную информацию комитетам кредиторов других должников в иных юрисдикциях, если такая информация затрагивает интересы такого должника (пар. 6.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). При этом передача

информации сопровождается подписанием соглашения о конфиденциальности и защищается режимом конфиденциальности (тайны) согласно правилам о доказательствах или применимому праву (пар. 6.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.9. Контроль трибунала над активами

В рамках данного Протокола банкротства на суд, иной трибунал возложена обязанность осуществлять надзор за активами, которые находятся в рамках его юрисдикции (пар. 7.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.10. Активы должника

«Если официальному представителю становится известно или у него имеются опасения, что у другого должника также существует заинтересованность в отношении конкретного актива, стоимость которого и/или возможность возмещения долга за счет данного имущества находится в опасности, то такой официальный представитель может уведомить об этом официального представителя должника, имущественный фонд которого включает данный актив, при условии, что это действительно выполнимо и не противоречит полномочиям данного официального представителя согласно применимому праву» (пар. 7.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Так, официальный (законный) представитель должника, которому принадлежит такой актив, должен обратиться к официальному (законному) представителю должника, у которого имеется имущественный интерес в этом активе, до момента продажи, отказа от имущества, прекращения управления данным имуществом, возбуждения производств, затрагивающих данное имущество и так далее (пар. 7.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Заинтересованные должники в лице официальных (законных) представителей вправе осуществить финансирование данного объекта, чтобы сохранить стоимость актива и увеличить стоимость его реализации (пар. 7.4 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.11. Предъявление требований. Требования внутри группы компаний

Если в отношении одного и того же должника возбуждено несколько производств (основных производств, в которых суды (иные трибуналы)

рассматривают дело как обладающие полной юрисдикцией и/или вторичных ограниченных производств), требование может быть заявлено лишь в рамках того производства (производств), которое определено официальным (законным) представителем должника (пар. 8.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Официальными (законными) представителями было принято решение не пересматривать внутрифирменные данные банковского учета, касающиеся движения средств между должниками внутри группы компаний (пар. 9.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*) в целях экономии временных ресурсов и сокращения затрат в рамках данного производства, для более эффективного разрешения дела о банкротстве компаний группы и удовлетворения требований кредиторов. Тем не менее, механизм урегулирования требований в рамках группы компаний *Lehman Brothers*, связанных с перераспределением денежных средств, обязательств внутри группы компаний, Протоколом предусмотрен.

3.3.12. Принцип международной вежливости

В данном Протоколе также нашел отражение принцип международной вежливости, согласно которому каждый трибунал сохраняет свою суверенную независимость, имеет самостоятельную юрисдикцию и полномочия при проведении производства в рамках данного форума, включая разрешение вопросов назначения официального (законного) представителя и его вознаграждение (пар.пар 11.1 и 11.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

3.3.13. Прекращение действия Протокола банкротства

Примечательными являются основания прекращения действия данного Протокола банкротства. Так Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* (в отношении конкретного должника) прекращает свое действие для официального (законного) представителя должника и в отношении управления конкретным имуществом:

- при условии, что производство с участием данного официально (законного) представителя завершено применимому праву;
- решением суда или компетентного комитета кредиторов при условии, что все цели, указанные в Протоколе банкротства, в отношении данного конкретного производства были реализованы (пар. 14.7 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Таким образом, на основании примера *Lehman Brothers* можно сделать вывод о том, что на практике Протоколы банкротства представляют собой весьма гибкий и эффективный инструмент, способствующий рассмотрению дела о трансграничном банкротстве должным образом. Важной отличительной чертой Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers* является то, что он изначально предназначался для применения, как в государствах англо-саксонской правовой системы, так и романо-германской правовой системы. Поскольку компания *Lehman Brothers* по своей корпоративной природе является мультинациональной, и ее банкротство затрагивает многие государства, такой подход представляется весьма обоснованным.

Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* был утвержден Приказом Суда США по делам о банкротстве Южного Округа Нью-Йорка от 17 июня 2009 г. и подписан лишь несколькими представителями компаний, указанными в качестве подписантов. Следует также отметить, что данный Протокол не будет иметь для конкретного официального (законного) представителя должника обязательной силы, пока он не будет утвержден должным образом судом или комитетом кредиторов в той или иной юрисдикции. Однако участники процедуры трансграничного банкротства вправе руководствоваться положениями данного Протокола, даже если официально не подписывали его.

Принципы сотрудничества между управляющими в делах о банкротстве (иными официальными (законными) представителями должников), между трибуналами, комитетами кредиторов содержат необходимые основы для более быстрого рассмотрения дела в разных юрисдикциях, получения информации в полном объеме, сохранения активов должников, удовлетворения требований кредиторов в максимально возможном размере. Более того, тот факт, что инициатива утверждения Протокола банкротства исходила от группы компаний *Lehman Brothers*, в определенной степени свидетельствует о добросовестности должников.

Итак, поскольку на международном уровне не выработаны действительно эффективные международно-правовые нормы о механизмах регламентации процедуры трансграничных банкротств, представляется, что Протоколы банкротства могут быть использованы для регламентации процедуры трансграничного банкротства в различных юрисдикциях. Несмотря на наличие публично-правового элемента,

такие Протоколы по своей природе напоминают больше гражданско-правовую сделку, что позволяет в свою очередь придать таким документам необходимую гибкость, предусмотрев особенности конкретной ситуации.

Важно понимать, что благодаря использованию этих документов в значительной степени можно снизить издержки на производство в деле о трансграничном банкротстве, ускорить процесс его рассмотрения, урегулировать материально-правовые коллизии и процессуальные аспекты, обеспечить эффективное управление активами должника. Такой подход, с одной стороны, сократит для должника негативный эффект от сложной и запутанной (возможно беспорядочной) процедуры банкротства в различных юрисдикциях, с другой же, создаст необходимую гарантию и кредиторам (в том числе из различных юрисдикций) на максимально возможное удовлетворение их требований.

Несмотря на то, что чаще всего Протоколы банкротства заключаются (утверждаются) в делах, затрагивающих США и Канаду, иные страны также прибегают к использованию данного инструмента. Более того, и сами Протоколы банкротства могут предполагать использование этих документов, как в государствах англо-саксонской правовой системы, так и романо-германской.

Международное научное сообщество также не останавливается на достигнутом и продолжает разрабатывать такие правовые инструменты (пусть и не имеющие обязательной силы), которые бы во многом способствовали упрощению разрешения дел о трансграничной несостоятельности, устранению коллизий правовых систем, закреплению принципов взаимодействия судов, управляющих в делах о банкротстве, иных лиц.

Так во Всеобщих принципах сотрудничества, опубликованных сравнительно недавно, отмечается, что данный документ разработан с учетом особенностей англо-саксонской и романо-германской правовых систем и предназначен для применения в странах, принадлежащих к обеим системам²⁵. Таким образом, ведется активная работа по созданию основ для взаимодействия при разрешении дел о трансграничном банкротстве в различных юрисдикциях.

Безусловно, Протоколы банкротства не могут заменить собой единый международно-правовой акт, посвященный трансграничному банкротству. Однако в отсутствие такого акта Протоколы банкротства

позволяют разрешить значительное количество проблемных вопросов, возникающих при столкновении различных юрисдикций.

Могут ли Протоколы банкротства использоваться в делах о трансграничной несостоятельности в Российской Федерации? Представляется, что использованию Протоколов банкротства судами РФ и участниками процедуры в РФ ничто не мешает. Однако для их использования необходимо нарабатывать нормативно-правовую базу.

Как известно, в действующем законодательстве отсутствует понятие «**трансграничное банкротство (несостоятельность)**» (данный термин упоминается лишь в ст. 29 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ²⁶ и в нескольких нормативно-правовых актах). Возбуждение процедуры банкротства в отношении иностранного лица также не предусмотрено.

В п. 6 ст. 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» установлено 2 основания признания на территории РФ решений иностранных судов по делам о банкротстве:

1. наличие соответствующего международного договора РФ;
2. на основе принципа взаимности.

Поскольку РФ не является стороной ни одного из международных договоров, посвященных трансграничному банкротству, решения иностранных судов по делам о банкротстве должны признаваться российскими судами на основе принципа взаимности (“*reciprocity*”) (такая практика имеется, но она крайне незначительна²⁷). При этом, согласно действующей позиции судов, российскими арбитражными судами признаются только судебные акты, которыми заканчивается рассмотрение дела по существу²⁸. Следовательно, если иностранный управляющий в делах о банкротстве представляет в арбитражный суд в РФ, например, определение иностранного суда в отношении имущества иностранного должника-банкрота, которое находится в РФ, российский суд, вероятнее всего, откажет в признании такого акта.

Как указывалось ранее, п. 2 ст. 17 проект Федерального закона Российской Федерации «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)» предлагает использовать «*соглашения о координации производства по делам о банкротстве*» как форму сотрудничества в деле о банкротстве (калька со ст. 27(d) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности)²⁹.

Представляется, что Протоколы банкротства могут быть использованы при трансграничном банкротстве с участием судов РФ или

резидентов РФ. В связи с этим целесообразно в будущем разработать некий проект, шаблон Протокола банкротства для российских судов и лиц, вовлеченных в процедуру трансграничного банкротства.

¹ Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re P. MacFayden & Co. Ltd.* between the English Court of King's Bench and the Insolvent Court of Madras, India. Order issued by the English Court of King's Bench (Bigham J.) [1908] 1 K.B. 675, (January 20, 1908). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/5988.html> (дата обращения: 27.01.2013).

² Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re Intertan Canada Ltd. and Tourmalet Corporation (Circuit City Stores)* between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz) Case No. 08-CL-7841 (April 26, 2010) and United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Virginia (Mr. Justice Huennekens) Case No. 08-35653. URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/4669.html> (дата обращения: 27.01.2013); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re Calpine Corporation* between the United States Bankruptcy for the Southern District of New York (Hon. Burton R. Lifland), Case No. 05-60200 (April 9, 2007) and Court of Queens Bench of Alberta (Madam Justice B.E.C. Romaine), Case No. 0501-17864 (April 7, 2007). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/574/1803.html> (дата обращения: 27.01.2013).

³ Sexton A.V., Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation // 12 *Chi. J. Int'l L.* 811 (2012). Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы "LexisNexis".

⁴ Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. — Нью-Йорк: Издание Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 2010. — 156 с. С. 35. — ISBN 978-92-1-433075-2. URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_russian.pdf (дата обращения: 27.01.2013).

⁵ Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re P. MacFayden & Co. Ltd.* (1908).

⁶ Cross-Border Insolvency Order and Protocol in *Re Lancelot Investors Fund Ltd.* between the Grand Court of the Cayman Islands, Case No. 479-2008 (September 17, 2009) and the United States Bankruptcy Court for the Northern District of Illinois (Hon. Jacqueline P. Cox), Case No. 08-28225 (September 8, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/6092.html> (дата обращения: 27.01.2013).

⁷ Cross-Border Insolvency Protocol in *Re Sendo International Limited* between the commercial Court of Nanterre, France (Mr. Justice Jerome Mandrillon) and the Chancery Division of the High Court of Justice, London (June 1, 2006). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1734.html> (дата обращения: 27.01.2013).

⁸ Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re P. MacFayden & Co. Ltd.* (1908); Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in *Re Maxwell Communication plc* between the United States and the United Kingdom. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992) and the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court,

Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1523.html> (дата обращения: 27.01.2013); Cross-Border Insolvency Protocol in Re Commodore Electronics Limited and Commodore International Limited between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York and the Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (December 8, 1994). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1525.html> (дата обращения: 27.01.2013); Orders Approving Cross-Border Insolvency Protocol between Canada and the United States in Re Everfresh Beverages Inc., Ontario Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 32-077978, (December 20, 1995) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York. (Hon. Burton R. Lifland), Case No. 95 B 45405, (December 20, 1995). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1527.html> (дата обращения: 27.01.2013).

⁹ Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Intertan Canada Ltd. and Tourmalet Corporation (2010); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Calpine Corporation (2007); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Eddie Bauer Holdings, Inc., et al. between the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-8240-CL (June 25, 2009) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Mary F. Walrath), Case No. 09-12099 (June 24, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/3868.html> (дата обращения: 27.01.2013).

¹⁰ Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. С. 33.

¹¹ Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Calpine Corporation (2007).

¹² Cross-Border Insolvency Protocol in Re Laidlaw Inc. (2001) between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 01-CL-4178, (August 10, 2001) and United States Bankruptcy Court for the Western District of New York (Hon. Michael J. Kaplan), Case No. 01-14099, (August 20, 2001). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1542.html> (дата обращения: 27.01.2013).

¹³ Cross-Border Insolvency Order and Protocol in Re Lancelot Investors Fund Ltd. (2009).

¹⁴ Пар. 19 Протокола трансграничного банкротства по делу компании Nortel Networks Corporation (Cross-Border Insolvency Protocol in Re Nortel Networks Corporation between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-CL-7950 (January 14, 2009) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Kevin Gross), Case No. 09-10138 (KG), (January 15, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1826.html> (дата обращения: 27.01.2013)).

¹⁵ Например, Cross-Border Insolvency Protocol in Re PSINet Inc. et al. between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 01-CL-4155, (July 10, 2001) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Robert E. Gerber), Case No. 01-13213, (July 10, 2001). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1541.html> (дата обращения: 27.01.2013); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Intertan Canada Ltd. and Tourmalet Corporation (Circuit City Stores) (2010); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Calpine Corporation (2007); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Barzel Industries Canada Inc. between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-CL-8363 (September 15, 2009), and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Christopher S. Sontchi), Case No. 09-13204 (CSS) (September 17, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/3872.html> (дата

обращения: 27.01.2013); и иные. Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases as adopted and promulgated in Transnational Insolvency: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries by the American Law Institute (at Washington, D.C., on May 16, 2000) and as adopted by the International Insolvency Institute (at New York, June 10, 2001) (URL: <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf> (дата обращения: 27.01.2013)).

¹⁶ Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. С. 32–33.

¹⁷ Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Lehman Brothers Holdings Inc., et al. issued by the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. James M. Peck), Case No. 08–13555 (June 17, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/3684.html> (дата обращения: 27.01.2013).

¹⁸ В США существует разделение банков на коммерческие и инвестиционные.

¹⁹ Lehman Brothers' press release on cross-border insolvency protocol, May 26, 2009. P. 1. URL: <http://documents.epiq11.com/ViewDocument.aspx?DocumentPk=400A7F75-7140-4BC3-990E-4B9733B51CF2> (дата обращения: 27.01.2013).

²⁰ Иностранцами должниками ("Foreign Debtors") в Протоколе именуется около 80 дочерних компаний Lehman Brothers, непосредственно или косвенно принадлежащие Lehman Brothers.

²¹ Lehman Brothers' press release on cross-border insolvency protocol. P. 1.

²² Пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.

²³ Под «трибуналами» ("Tribunals") в Протоколе по делу Lehman Brothers предлагается понимать в совокупности «суды и иные государственные, надзорные и административные органы» ("courts and governmental, regulatory, or administrative bodies") (пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

²⁴ Под «официальными представителями» ("Official Representatives") должника понимаются «управляющие распродажей имущества должника при его ликвидации, управляющие в делах о несостоятельности, доверительные управляющие, лица, управляющие капиталами, лица, осуществляющие надзор, или попечитель в деле о банкротстве» (пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.). Указание на различных официальных (законных) представителей связано с одновременным возбуждением различного рода процедур в отношении группы компаний Lehman Brothers таких как, например, банкротство, ликвидация, реорганизация, конкурсное производство, реабилитация (оздоровление) и иные виды процедур (пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.)

²⁵ Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases (Report to ALI) (March 30, 2012). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.html> (дата обращения: 27.01.2013).

²⁶ Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»: 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ; в ред. Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 282-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>. – 30 декабря 2012 г.; Собр. законодательства Рос. Федерации. –2012 г. — № 53 (ч. 1), ст. 7607. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁷ См., например, Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 26 февраля 2006 г. по делу № А56-56528/2005. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 20 сентября 2007 г. по делу № А56-14945/2004 (со ссылками на Определение Высшего Арбитражного Суда РФ об отказе в передаче дела в Президиум Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ для пересмотра судебного акта в порядке надзора от 11 октября 2006 г. № 7592/06). Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28 августа 2008 г. по делу № А56-22667/2007. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁸ П. 26 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 июля 2004 г. № 78 // «Вестник ВАС РФ», № 8, 2004 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; п. 33 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» // «Экономика и жизнь», № 47, ноябрь, 2006 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 июля 2005 г. № 13АП-3952/05 по делу № А56-7455/2000. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Определение Федерального арбитражного суда Московского округа от 9 сентября 2009 г. № КГ-А41/5232-09-ж по делу № А41-14639/08. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Определение Высшего Арбитражного Суда от 23 июня 2008 г. № 11934/04 по делу № А56-7455/2000. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Беляева Н.Г. Особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц в арбитражном суде: практ. пособие. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – 192 с. С. 103.

²⁹ Проект Федерального закона Российской Федерации «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)» // URL: http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/corpmanagement/bankruptcy/doc20110225_04. (дата обращения: 27.01.2013); Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency). Принят ЮНСИТРАЛ 30 мая 1997 г. (приложение к Резолюции Генеральной ассамблеи ООН А/RES/52/158 30 January 1998, принятой на 72 пленарном заседании 15 декабря 1997 г.) // URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html (дата обращения: 27.01.2013).

Cross-border Insolvency Protocols as Special Instrument of Cross-border Insolvency Proceedings (Part 2) (Summary)

*Alexandra N. Khizunova**

In the first part of this article author discusses the principles and models applicable to cross-border insolvency cases and problems of their direct application. Moreover author considers different international documents worked out as the basis for cooperation in case of cross-border bankruptcy that may be used in Insolvency protocols, as well as the case law of foreign states on that problem.

In the second part of the article author examines the basic elements of Insolvency protocols. Author analyzes Insolvency protocol drafted in the case of one of the largest US investment bank.

Author concludes that the Insolvency protocols are quite effective and are widely applied by the foreign courts. The application of Insolvency protocols in Russia is possible among other issues due to the difficulties in recognition of foreign bankruptcies in Russia.

Keywords: Cross-border Insolvency (Bankruptcy); (Cross-border) Insolvency Protocol; Agreements concerning the Coordination of Foreign Insolvency (Bankruptcy) Proceedings; Amended (Modified) Universalism; Reciprocity.

* Alexandra N. Khizunova – LL.M., associate at Muranov, Chernyakov and Partners Law Firm. a.khizunova@rospravo.ru.

Юридические фикции и презумпции в конституционном праве России

*Карпенко К.В.**

Статья посвящена роли и значению юридических фикций и презумпций в современном российском праве. Анализируя Конституцию 1993 г., ряд важнейших федеральных законов, а также практику Конституционного Суда РФ, автор делает вывод, что фикции и презумпции представляют собой самостоятельное и, во многом, уникальное явление в правовом регулировании, и не могут быть сведены исключительно к юридической технике. Благодаря фикциям и презумпциям право оказывается способным к внутреннему, самостоятельному и самодостаточному развитию.

Ключевые слова: Конституция; юридический факт; фикция; презумпция; нормы права.

*«Право есть наука не о сущем,
а о формально логически должном»*

Г. Кельзен. Чистое учение о праве, М., 1987 г.

В системе правового регулирования юридические фикции (*fictiones juris*) и презумпции (*praesumptiones juris*) занимают особое место. В самом широком смысле они представляют собой один из способов закрепления в правовой норме общеобязательных положений. С их помощью правотворческий субъект достигает поставленных целей, вводя

* Карпенко Константин Викторович – старший преподаватель кафедры конституционного права МГИМО (У) МИД России.

общественные отношения в рамки закона и, обеспечивая оптимальное правоприменение.

Использование юридических фикций и презумпций в праве имеет длительную историю. Появившись в Древнем Риме¹, фикции применялись для приспособления устаревших правовых норм к новым условиям жизни, а презумпции позволяли облегчить процесс доказывания в суде. Несмотря на столь преклонный исторический возраст, они не утратили своей актуальности и по сей день. В тоже время вопрос о сущности юридических фикций и презумпций остается предметом дискуссий в современной правовой науке.

Русские юристы дореволюционного периода рассматривали юридические фикции и презумпции с точки зрения юридической техники, как *«приём, допускаемый объективным правом, ... для признания вымышленного факта существующим (фикции), либо сомнительного факта – достоверным и доказанным (презумпции)»*². Аналогичного мнения в то время придерживались и зарубежные юристы³. Проблема юридических фикций и презумпций оставалась, таким образом, в сфере права; на неё не влияли политические, социальные, идеологические установки. Советская юридическая наука как общетеоретическая, так и отраслевая дополнила эту проблематику анализом содержания фикций и презумпций. Анализ проводился с позиций диалектического материализма и классовой сущности права. Это выразилось, в частности, в утверждении обусловленности юридических презумпций классовым характером права, а существование фикций объяснялось несоответствием юридической формы и социалистического содержания права⁴. Такой подход, более чем закономерный в эпоху идеологизации права, к сожалению, не столько обогатил данную проблематику, сколько внес некоторую путаницу и относительный субъективизм в её изучение. В результате строгий нормативный фундамент, заложенный дореволюционными юристами, оказался размытым, что привело к нередкому смешению категорий юридического и политического (или политико-юридического) свойства. Относительное отсутствие «правовой чистоты» характерно и для современных исследований по данной теме. Некоторые ученые отождествляют понятия юридической фикции и фиктивности закона⁵, другие рассматривают фикцию как «антипод закона»⁶. В целом такой подход, безусловно, расширяет возможности анализа юридических фикций и презумпций. Однако, по нашему мнению, наиболее продуктивная методология состоит в том, чтобы

освободить предмет исследования от инородных и, как следствие, несущественных для него самого признаков. Сущность предмета раскрывается через его внутренние отличительные характеристики, которые определяют его самостоятельную значимость. В противном случае легко впасть в логическую ошибку, когда один предмет раскрывается через другой, нередко ему противоположный. Поэтому нам представляется нецелесообразным и неправомерным рассматривать правовые явления с иных, не юридических позиций. В целях данной работы мы станем придерживаться методологии Г. Кельзена, и будем рассматривать юридические фикции и презумпции исключительно как прием юридической техники.

Классовый подход, бывший раньше основой любого исследования в отечественной юридической науке, сегодня представляется чрезмерно упрощенным и предвзятым. Он может заслуживать внимания лишь при изучении отдельных юридических проблем, тесно связанных с экономикой и политикой. Классовая борьба как одна из форм социального конфликта, носит преходящий характер. Она зависит от расстановки политических сил, от распределения материального богатства, а также от уровня развития гражданского общества. Она может стать и результатом сознательной политической провокации, как это было, например, в России, в начале XX века. Со своей стороны право выступает универсальной ценностью человеческого сообщества на всех этапах его развития. Право является отражением небесной гармонии на земле, это *«равный порядок, примененный к заведомо неравным субъектам»*⁷. Этот порядок, устанавливая пределы возможного поведения человека, ограничивает свободу индивида во имя расширения свободы всех. Тогда индивидуальная свобода становится относительной; она заканчивается там, где начинается свобода другого. Следовательно, потребность в праве носит абсолютный характер, независящий от социальной структуры и формы государства. Достаточно напомнить, что римское право, систематизированное в эпоху античности, с успехом применялось и в Средние века, и в Новое время и сегодня, в XXI веке. А в Законах Хаммурапи, например, одновременно существовали нормы, регулировавшие отношения рабства, нормы феодального права и нормы, закрепляющие рыночные (капиталистические) отношения⁸. И все это содержится в одном и том же документе XVIII в. до н. э! Таким образом, право, как регулятор общественных отношений, носит внеклассовый характер, оно является средством познания человеком своей свободы.

Что касается понятия фиктивности закона, то оно затрагивает область применения правовых предписаний в обществе и государстве и ставит вопрос о профессионализме и политической ориентации законодателя. Фиктивность закона, т.е. отсутствие его реального действия, может быть результатом, как некачественной юридической техники, так и сознательного стремления сузить поле правового регулирования. В обоих случаях фиктивность способствует политизации правовых отношений, затрудняет урегулирование конфликтов и в конечном итоге усиливает правовую неопределенность, обслуживая различные частные интересы. С другой стороны, фиктивность как несоответствие правовой нормы потребностям общества свидетельствует о высокой степени правового нигилизма у нормотворческих субъектов, об их незаинтересованности в установлении четких и понятных правил поведения. Следовательно, фиктивность закона является категорией правосознания, и, поэтому, не должна использоваться при «чистом» анализе правовых явлений. Юридические фикции могут выступать причиной фиктивности отдельных нормативных предписаний и даже целых законов, но сами не являются фиктивными. Как способ закрепления общеобязательных предписаний они вполне реальны и необходимы. Фикции и презумпции существовали и будут существовать в праве независимо от результата их использования.

Юридические фикции и презумпции нередко относят к особым видам юридических фактов. Они также способны порождать, изменять и прекращать правоотношения. Однако между ними и юридическими фактами есть существенные различия.

Во-первых, юридические факты представляют собой жизненные обстоятельства. Это наступившие или совершенные в действительности события либо действия, не подлежащие априорному доказыванию. Их установление в конкретном деле (уголовном или гражданском) носит апостериорный характер, т.е. из возникшего правового отношения выводится существование юридического факта. Например, если возбуждается уголовное дело, то это означает, что информация о факте преступления расценивается как достаточная для принятия дела к производству. Субъекты уголовного преследования (дознатель, следователь, прокурор) будут устанавливать обстоятельства преступления, личность преступника и т.д. Возникает уголовно-процессуальное правоотношение, в основе которого лежит факт совершения преступления. Если этот юридический факт впоследствии не подтвердится,

то правоотношение прекратится⁹. Для этого необходимы уже иные юридические факты, указанные в ст. 24 УПК РФ 2002 г. Таким образом, без реально существующих юридических фактов правовое отношение не могло бы ни возникнуть, ни прекратиться и, поэтому их наличие в правоотношении очевидно.

Иначе обстоит дело с фикциями и презумпциями. Юридические фикции являются вымышленными, ложными по своему содержанию положениями. Как верно указывал Г.Ф. Дормидонтов, юридическая фикция имеет источником своего происхождения насущные потребности разума, но создается при помощи воображения¹⁰. Законодатель, по определению, стремится к наиболее полному, целесообразному и эффективному регулированию общественных отношений. Поэтому, вымышленный факт может оказаться более востребованным, чем действительно существующий. Некоторые области общественной жизни вообще не нуждаются в чересчур жестком регулировании в силу своей специфики. Речь идет, прежде всего, о частном праве. Но и в сфере публичных, в особенности властных, правоотношений есть такие интересы общества и государства, которые требуют, чтобы вымысел признавался правдой. Это укрепляет стабильность и взаимосвязанность социальной и государственной системы и позволяет ей развиваться в соответствии с логикой разума. Именно юридические фикции помогают достичь этой цели и, поэтому их действенность подкрепляется принудительной силой закона. С её помощью фикции приобретают императивный характер. Так, например, Конституция РФ 1993 г. гласит, что «Президент РФ ... представляет Российскую Федерацию внутри страны и в международных отношениях»¹¹. Это означает, что он представляет всех граждан России, независимо от результатов выборов в субъектах РФ. В то же время наше избирательное законодательство требует «всего лишь» абсолютного большинства голосов для победы на президентских выборах¹². Налицо очевидная фикция, установленная в высшем законе страны! Если же к этому конституционному положению добавить сведения о реальном участии граждан в голосовании, то можно будет смело утверждать юридическую и политическую фиктивность вышеприведенной нормы Конституции. Она абсолютно не соответствует действительности, поскольку далеко не все избиратели принимают участие в выборах главы государства и, тем более, не все из них голосуют за победившего в итоге кандидата. Тем не менее, рассматриваемая норма Конституции РФ не только реально

действует, но и является сугубо необходимой для функционирования всего государственного механизма. Её диспозиция легитимирует статус Президента, создавая прочную основу для осуществления функций верховной власти. Как полномочный «мандатарий Нации», по меткому определению Л. Дюги, глава государства должен выражать общие интересы всего населения России, без учета каких-либо различий между регионами. В его лице Россия предстает единой державой и на международной арене, что позволяет Президенту говорить от имени всех граждан. Таким образом, правовой вымысел служит удовлетворению важнейших потребностей государственной политики, и, следовательно, ложь юридической фикции используется для достижения вполне реальных целей правового регулирования.

Аналогичная ситуация складывается и с юридическими презумпциями. Будучи сомнительными положениями, они обладают вероятностным характером. Степень их вероятности может быть весьма различной. Так, например, презумпция законности, обоснованности и справедливости окончательного судебного решения (приговора)¹³, будучи опровержимой (*praesumptio juris tantum*), является, тем не менее, высоко достоверной, поскольку акт правосудия был издан высшей судебной инстанцией. Профессионализм судей выступает гарантией квалифицированного, независимого и беспристрастного разбирательства. Опровержение этой презумпции может произойти только в случае появления новых обстоятельств, в частности, таких как: признание примененного судом закона не соответствующим Конституции РФ или нарушение положений Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.¹⁴ Закон также допускает её опровержение в случае пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам самим Президиумом Верховного Суда РФ¹⁵.

В то же время, например презумпция невиновности, являясь также опровержимой, характеризуется низким уровнем вероятности. Большинство привлекаемых к уголовной или административной ответственности физических лиц оказывается в конечном итоге виновными в различной степени. Наличие этой презумпции характерно для неравноправных правоотношений, когда одной из сторон выступает государство в лице органа власти. Привлекая человека к юридической ответственности, государство подозревает его причастность к совершению неправомерного деяния и, следовательно, должно обосновать свои претензии. *«Бремя доказывания лежит на том, кто*

утверждает, а не на том, кто отрицает» – *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*. Этот принцип был сформулирован ещё в римском праве. Он подтверждается логикой разума и результатами человеческого опыта. Действительно, лицо, привлекаемое к юридической ответственности, может ограничиваться в своей свободе уже на стадии проведения следствия, и ему было бы затруднительно собирать доказательства своей невиновности. Немаловажным представляется и психологический аспект поведения. Подозреваемый может находиться в состоянии шока, стресса и будет не способен адекватно оценивать как своё положение, так и происходящие вокруг него события. Поэтому презумпция невиновности диктуется также и гуманистическими идеалами права, которые способствуют защите человека. В гражданском праве, наоборот, применяется презумпция виновности, но и она находится в полном соответствии с вышеприведенным принципом римского права. Бремя доказывания распределяется между сторонами равномерно. Истец и ответчик призваны каждый обосновать свои претензии друг к другу. Таким образом, можно сказать, что, по всей видимости, обе эти презумпции относились когда-то к фактическим презумпциям (*praesumptiones facti seu hominis*), выработанным практикой людского поведения, однако очень скоро они получили нормативное закрепление и стали юридически обязательными.

Неопровержимые презумпции (*praesumptiones juris et de jure*), не предполагающие доказательства обратного, в свою очередь, тоже могут быть как маловероятными, так и почти достоверными. Например, презумпция знания закона всеми гражданами (*nemo censetur ignorare legem*) граничит с вымыслом, но её опровержение не имеет никакого юридического значения. Все нормативные акты в России должны быть обнародованы и, поэтому, опубликованный закон считается доведенным до сведения всех и каждого, т.к. он является результатом правотворческой деятельности государства¹⁶. Публичная власть обладает монополией на издание нормативных предписаний в пределах государственной территории, что подтверждает её внутренний суверенитет. Но публичная власть устанавливает и ограничения своего верховенства. В той же статье Конституции РФ содержится запрет на применение неопубликованных законов, соблюдение которого является обязанностью органов государства. Следовательно, все лица, находящиеся под юрисдикцией российского государства должны знать и соблюдать его законы. Выполнение этой обязанности обуславливается правом

на информацию, закрепленным также в Конституции РФ. В этом проявляется один из важнейших принципов права, а именно взаимность субъективных прав и юридических обязанностей.

Однако неопровержимые презумпции могут обладать и очень высокой степенью вероятности, что делает их практически истинными. Так, в частности, решения Конституционного Суда РФ не могут быть обжалованы, вступают в силу сразу после своего провозглашения, действуют непосредственно и распространяются на всю территорию страны. Они окончательны и не могут быть преодолены повторным принятием неконституционного нормативного акта¹⁷. Здесь мы наблюдаем действие той же презумпции истинности судебного решения (*res judicata pro veritate habetur*), только применяемой к актам органа конституционного контроля. Она является именно неопровержимой, поскольку решениям Конституционного Суда РФ придается сила закона. Они обязательны для всех органов государственной власти, как Федерации, так и субъектов РФ, а гарантом их исполнения выступает Президент РФ. Индивидуальные правоприменительные акты судебных учреждений должны быть пересмотрены в соответствии с решениями Конституционного Суда РФ, если они основывались на законах, признанных неконституционными. Это означает, что решениям Конституционного Суда придаются свойства нормативного акта и их юридическая сила оказывается выше, чем у актов правосудия.

Применение неопровержимой презумпции истинности судебного решения к актам Конституционного Суда РФ приобретает исключительную важность при толковании основного закона страны. Обладая этим полномочием, Конституционный Суд РФ преодолевает правовую неопределенность и может существенно корректировать применение на практике конституционных положений. Статья 106 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» 1994 г. гласит, что толкование Конституции является официальным и обязательным для всех органов государственной власти, для органов местного самоуправления, для юридических и физических лиц. Это значит, что субъекты права должны применять неясные положения Конституции в той мере, в какой они объяснены, истолкованы Конституционным Судом. В этой связи возникает закономерный вопрос: может ли Конституционный Суд создавать новые правовые нормы путем толкования? Утвердительный ответ был бы равносильным признанию Конституционного Суда правотворческим органом и ставил бы его в один ряд с Парламентом. А это, в свою очередь, могло

бы привести к неоправданному вмешательству в компетенцию законодательного органа и нарушению равновесия между властями в государстве. Кроме того, такое утверждение противоречило бы закону, который ясно и недвусмысленно формулирует правовой статус Конституционного Суда РФ как «*судебного* органа конституционного контроля, ... осуществляющего *судебную* власть»¹⁸ (курсив мой – К.К.). Поэтому, методологически верный ответ на данный вопрос следует искать в практике самого Конституционного Суда РФ. Как правильно указывают некоторые исследователи, Конституционный Суд, при наличии правовой неопределенности, нередко осуществляет *конституционное* толкование нормы, т.е. интерпретирует её так, чтобы она не противоречила Конституции¹⁹. Этот способ относится и к толкованию норм самой Конституции РФ²⁰. С помощью этого способа Конституционный Суд формально избегает нормотворческого характера своей деятельности и остается в собственном правовом поле. Но, т.к. его решения влияют на судебную практику, можно сказать, что посредством легального толкования основного закона страны Конституционный Суд РФ создает де-факто правовые нормы, необходимые для разрешения конкретных дел.

Второе отличие юридических фикций и презумпций от юридических фактов состоит в способе их закрепления в правовой норме. Юридические факты указываются в гипотезе нормы и являются необходимым условием её применения. Так, норма ч. 1 ст. 107 Конституции РФ содержит в своей гипотезе два юридических факта: во-первых, состоявшееся принятие федерального закона Парламентом РФ и, во-вторых, срок для передачи такого закона главе государства. Диспозиция же этой нормы предписывает юридически значимые действия, совершение которых возлагается на Президента РФ. Он должен подписать и обнародовать закон. Первый из вышеприведенных юридических фактов очень похож на презумпцию, поскольку конституционная норма не уточняет, кем именно был принят федеральный закон. Следовательно, можно было бы предположить (презумировать), что речь идет об обеих палатах Парламента. Но такое рассуждение противоречит положениям ст. 105 Конституции, где сказано, что федеральные законы принимаются Государственной Думой. Что касается Совета Федерации, то он, как гласит та же статья, призван одобрять уже принятые Думой законы. С помощью грамматического толкования трудно установить, что речь идет о разных юридических действиях,

выраженных разными терминами. Кроме того, ч. 5 ст. 105 позволяет нижней палате преодолеть возражения Совета Федерации и утвердить закон в своей редакции, проголосовав за него квалифицированным большинством голосов. Принятый таким способом закон будет полностью соответствовать требованиям законодательной процедуры и поступит Президенту как результат общей парламентской деятельности. Логическое толкование убеждает нас в наличии прямой связи между ст. ст. 105 и 107 конституционного текста. Формулировка «принятый федеральный закон», содержащаяся в ч. 1 ст. 107, касается, прежде всего, Государственной Думы, а мнение Совета Федерации здесь второстепенно.²¹²¹ Предположение (презумпция), что он также одобрил закон, не имеет юридического значения для главы государства. Таким образом, в гипотезе рассматриваемой конституционной нормы присутствует именно юридический факт, порождающий соответствующее правовое отношение.

Закрепление в правовой норме юридических фикций и презумпций происходит иным образом. Они формулируются в диспозиции правовой нормы и выступают государственно-властными предписаниями. Например, ч. 4 ст. 105 устанавливает, что *«федеральный закон считается одобренным Советом Федерации, если ... в течение 14 дней он не был рассмотрен Советом Федерации»*. Срок для рассмотрения указан в гипотезе нормы, а юридическая фикция содержится в диспозиции. Учитывая это положение, верхняя палата может вовсе не обсуждать поступивший ей законопроект, сократив, тем самым, законодательный процесс на одну стадию. Вымышленный характер этого положения диктуется требованиями эффективности и оптимальности правового регулирования. Двухпалатная структура любого парламента, при всей своей необходимости, достаточно громоздка и малоподвижна. Она обуславливается, как правило, федеративной формой государственного устройства и позволяет регионам участвовать в общенациональном законотворчестве. Всестороннее обсуждение важнейших вопросов государственной и общественной жизни, безусловно, способствует их наилучшему решению, однако не менее существенным является и оперативность законотворческой деятельности. Потребности государства и общества не стоят на месте, они изменяются и развиваются вместе с самой жизнью. Задача законодателя состоит в том, чтобы направить удовлетворение этих потребностей в наиболее приемлемое для всех русло, а именно в русло правового регулирования.

Отсутствие необходимых обществу законов с неизбежностью приведет к появлению неправовых форм взаимодействия и силовому решению накапливающихся проблем. Однако, как показывает мировая конституционная практика, парламентское обсуждение законопроектов может нередко быть крайне длительным. И при этом далеко не всегда следует ожидать, что в «споре родится истина». Следовательно, требуется найти своеобразную «золотую середину», использовать приём, который одновременно обеспечил бы и достаточно широкий обмен мнениями и относительную быстроту принятия решений. Один из таких приёмов мы можем наблюдать в рассматриваемой конституционной норме. Отсутствие обязательности рассмотрения всех законопроектов Советом Федерации упрощает законодательную процедуру и способствует наиболее рациональному функционированию бикамерализма. При этом с помощью юридической фикции достигается соответствие регулируемых правоотношений требованиям формальной определенности и, тем самым, эффективность парламентского механизма принятия решений включается в нормативное содержание закона.

Другим примером закрепления юридической фикции в диспозиции правовой нормы является положение ч. 3 ст. 93 Конституции РФ. Там, в частности, сказано, что если в трехмесячный срок решение Совета Федерации об отрешении Президента РФ от должности не будет принято, обвинение считается отклоненным. Фикция состоит в том, что глава государства освобождается от уголовной ответственности при полном или частичном бездействии верхней палаты. По смыслу данной нормы, Совет Федерации свободен в своем выборе, т.к. сама норма не устанавливает модели должного поведения. В ней указаны лишь требования к принятию решения, а именно его временные рамки²². По поводу же процедуры, которая должна предшествовать голосованию, конституционная норма молчит. Следовательно, Совет Федерации может как рассмотреть поступившее ему обвинение, так и воздержаться от его рассмотрения. В обоих случаях его действия находятся в полном соответствии с конституционным текстом. Диспозиция нормы, содержащейся в ч. 3 ст. 93 предписывает субъектам права полагать, что такое рассмотрение якобы состоялось, но факт преступления не подтвердился, в связи с чем, конституционное правоотношение прекращается. Основанием прекращения выступает не какой-либо юридический факт, а его отсутствие, т.е. юридическая фикция. Совет Федерации

может и не отклонить обвинение, однако оно все равно утратит своё юридическое значение по истечении трёх месяцев.

Юридическая ответственность главы государства является общепризнанным институтом конституционного права во всех современных государствах. Если исключить монархии²³, а также ряд мусульманских государств²⁴, ответственность высших должностных лиц выступает важнейшей гарантией законности и правопорядка в стране. Появление этого правового института в нашей Конституции в 1993 г. свидетельствует о приверженности России принципам демократии и правового государства. Но ответственность главы государства не может быть чисто декларативной. Она должна обладать действенным механизмом своей реализации. Без такого механизма юридические нормы превращаются в мертвые положения и являются причиной фиктивности закона. К сожалению, процедура отрешения Президента РФ от должности, указанная в ст. 93 Конституции РФ представляет собой яркий пример того, как юридическая фикция приводит к фиктивности права. Сама процедура, на первый взгляд, регламентирована достаточно четко и ясно. Конституционный текст определяет субъектов права выдвижения обвинения, основания обвинения, а также условия его принятия. Все эти положения вполне логичны и юридически безупречны. Однако подвох скрывается в самом конце статьи. Из ч. 3 вытекает полномочие верхней палаты принять окончательное решение по существу обвинения, но, при этом отсутствует формальное требование обсудить такое обвинение. Значит, Совет Федерации не обязан рассматривать направленное ему обвинение против Президента РФ. Теоретически, Совет Федерации может постоянно откладывать обсуждение этого вопроса, мотивируя свой отказ отсутствием времени, загруженностью законодательного процесса и т. д. А, если обвинение поступит ему накануне парламентских каникул, то затянуть принятие окончательного решения будет еще проще. И это только половина проблемы! Дальнейший анализ приводит к следующему выводу: Совет Федерации может игнорировать инициативу депутатов, даже в том случае, когда она подкреплена заключением Верховного Суда РФ, т.е. при наличии достаточных оснований для возбуждения уголовного дела. С чисто правовой точки зрения в такой ситуации члены Совета Федерации превращаются в лучшем случае в укрывателей, а в худшем – в сообщников преступного деяния. По-другому нельзя было бы объяснить непринятие окончательного решения и отсутствие его обсуждения. Такое утверждение

может показаться вопиющим, однако оно логически вытекает из рассмотрения данной конституционной нормы. Таким образом, можно сказать, что использование юридической фикции в ч. 3 ст. 93 Конституции РФ делает процедуру отрешения от должности Президента РФ фиктивной, т.к. она может прекратиться, не будучи доведенной до своего логического завершения.

Юридические презумпции также формулируются в диспозиции правовой нормы. Примером может служить норма статьи 49 Конституции РФ, в которой формулируется презумпция невиновности – *«Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана ... и установлена ... приговором суда»*. В гипотезе данной нормы указаны условия признания лица виновным. Эти условия выражены двумя юридическими фактами: факт доказанности вины, в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством и факт установленности вины в акте правосудия. Диспозиция нормы содержит указание на отношение к лицу, привлеченному к юридической ответственности со стороны органов правопорядка. Будучи формально-определенным предписанием, это указание является обязательным для всех правоохранительных органов. Тем самым, презумпция невиновности приобретает императивный характер и, сама по себе, не подлежит обсуждению.

Другой пример закрепления юридической презумпции в норме права мы находим в ФКЗ «О Конституционном Суде РФ». В ч. 3 ст. 72 сказано, что, *«в случае, если при принятии решения по делу о проверке конституционности нормативного акта, ... голоса разделились поровну, решение считается принятым в пользу конституционности оспариваемого акта»*. Гипотеза нормы указывает на фактическое обстоятельство, возникшее при голосовании и представляющее известное затруднение для вынесения окончательного решения, а диспозиция предписывает выход из создавшейся коллизии. В диспозиции закреплена юридическая фикция, поскольку разделившиеся мнения судей не позволяют однозначно подтвердить соответствие юридического документа основному закону страны. Однако в основе этой фикции лежит общая презумпция конституционности нормативно-правовых актов. Это материально-правовая презумпция, поскольку она позволяет решить дело по существу²⁵. Она является также опровержимой, поскольку существует правовой институт конституционного контроля. Нормативно-правовой акт как результат правотворческой деятельности

государства, разрабатывается и принимается в особом процессуальном порядке. Он должен отвечать нескольким требованиям, выполнение которых наделяет его объективной властью. К таким требованиям, в частности, относится соблюдение пределов компетенции издающего органа и соблюдение установленных правил процедуры принятия. Оба требования являются формальными, т.е. касаются внешнего аспекта нормативного акта. Если они удовлетворены, то нормативный акт может считаться истинным и действительным²⁶.

Как известно, самым главным признаком права является его формальная определенность. Именно этот признак придает норме права, закону, любому иному государственному документу качество всеобщности и обязательности. *«Для закона существенно... то, что он издается субъектом верховной власти»* – писал 100 лет назад известный русский юрист В.В. Ивановский²⁷. Следовательно, нормативно-правовой акт потому является общеобязательным, что он принят определенным образом. Так, например, нормы конституции обладают верховенством в правовой системе государства не потому, что они якобы выражают волю народа (или большинства народа), а потому, что они принимаются по усложненной процедуре и исходят от носителя суверенных прав. В противном случае юридическая наука должна была бы отказаться от категории октроированных конституций, однако их существование не вызывает сомнений. Таким образом, вышеназванная презумпция конституционности нормативных актов является высоко вероятной и с успехом применяется для регулирования конкретных правоотношений.

Предписание рассматриваемой правовой нормы²⁸ касается не только нормативных актов. Аналогичный способ признания конституционности распространяется и на договоры как внутригосударственные, так и международные. Договоры нормативного содержания также требуют соблюдения формальной процедуры своего подписания и одобрения, но их юридическая природа совершенно отлична от природы нормативных актов. Договоры являются результатом обоюдного согласия субъектов права и, следовательно, записанные в них нормы выражают волю сторон. Участники договора самостоятельно определяют, какие нормы следует включить в текст, чтобы он отвечал их интересам. Однако в основе признания конституционности внутригосударственных договоров лежит иная презумпция, а именно презумпция законности действий государственных органов власти. Эта презумпция косвенно

содержится в ч. 3 ст. 11 и в ч. 2 ст. 15 Конституции РФ, а на практике она нашла своё отражение в конкретных решениях Конституционного Суда РФ²⁹. Сам основной закон страны допускает и предписывает как императивный, так и договорный способ распределения компетенции между РФ и её субъектами. Следовательно, договор о разграничении предметов ведения может считаться соответствующим Конституции, пока не установлено иное. Эта презумпция тоже является опровержимой (*praesumptio juris tantum*).

В отношении международных договоров действует несколько иная юридическая презумпция. Это презумпция защиты национальных интересов, записанная в ст. 79 Конституции РФ. Данное положение предоставляет российскому государству возможность участвовать в международном общении в любых формах, при условии соблюдения конституционных принципов, а также обеспечения полноценной реализации прав и свобод граждан. По смыслу данной нормы предполагается, что любой международный договор, заключённый нашим государством, направлен на выполнение собственных, национальных задач и априори имеет в виду защиту интересов своих граждан.

Подобный взгляд на международное общение является вполне закономерным; он был выработан теорией международного права еще в XIX в.³⁰ и, как правило, подтверждался практикой межгосударственных отношений. Правда сегодня, в начале XXI в., доверие граждан к собственному правительству заметно ослабело и мы уже не можем с уверенностью утверждать, что внешняя политика власти всегда осуществляется в наших интересах. Эта проблема касается не только России, она равным образом актуальна для любого современного государства, поскольку в условиях глобализации национальные правительства всё более утрачивают связь с нуждами своего народа и зачастую превращаются в скрытых лоббистов интересов транснациональных корпораций. И надо ли здесь лишний раз говорить, что цели и задачи последних по самой своей природе глубоко враждебны самобытности и самостоятельности народов.

Мы не станем углубляться в подробности политической оценки внешних сношений современных государств; таковая заслуживает отдельного серьёзного рассмотрения. Стремясь сохранить «правовую чистоту» наших рассуждений, мы лишь позволим себе обратить внимание читателя на юридическое значение вышеназванной презумпции. Благодаря ей российское государство имеет возможность принимать

на себя международные обязательства без необходимости всякий раз испрашивать одобрение населения. Действительно, проведение референдума по каждому международному договору сделало бы межгосударственное общение крайне затруднительным, не говоря уже о финансовых затратах на подобные мероприятия. Да и сам референдум отнюдь не может являться гарантией защиты национальных интересов. Он лишь отражает мнение большинства, т.е. показывает количественный критерий истины, тогда как последняя суть категория качественная. Возникают, следовательно, две цели в государственной деятельности: одна направлена вовнутрь, на выполнение публичных обязательств перед своими гражданами, другая – вовне, на углубление международного сотрудничества. Коллизия усугубляется тем, что эти цели не просто разнонаправлены, а нередко и взаимно исключают друг друга. Ярким примером здесь может служить европейская интеграция, столь же благотворная для экономико-финансового развития жителей Старого Света, сколь и пагубная для сохранения национально-этнической и духовной самобытности европейских наций. Примири эти цели, внести в них определённую ясность может, по нашему мнению, тонкий инструмент юридической презумпции. Именно презумпция защиты национальных интересов, будучи опровержимой, снимает противоречие между внутренней и внешней политикой, иными словами между интересами отдельной нации и интересами мирового сообщества. Кроме того, она же расставляет политические приоритеты и задаёт ценностные ориентиры для верховной власти. По смыслу анализируемой статьи (ст. 79 Конституции РФ) права и свободы российских граждан однозначно являются первичными.

Проведённое сопоставление фикций и презумпций с юридическими фактами приводит нас к выводу о невозможности их отождествления. Те и другие представляют собой разные явления в правовой регламентации. Если юридические факты нужны, по большому счёту, для существования правоотношений, то фикции и презумпции играют совсем другую роль. Мы возьмём на себя смелость предположить, что они выражают глубинную, сущностную способность права к саморегулированию и самовоспроизводству. С их помощью право получает возможность существовать бесконечно долго во времени и пространстве, постоянно перерабатывая самое себя. Наличие фикций и презумпций в нормативном регулировании не может объясняться причинами неразвитости права³¹, равно как и быть следствием порочности

нормотворческих субъектов. Это не сознательная ложь и не надувательство. Смысл существования юридических фикций и презумпций состоит в том, чтобы с помощью вымысла породить такое правовое последствие, которое обыкновенно порождается реальным событием или действием. В этом своём качестве они как бы подменяют юридические факты в тех обстоятельствах, когда применение последних нецелесообразно или вообще невозможно. Отсюда очевидно, что цель фикций и презумпций лежит в реальном мире, в том мире, где правовые последствия осязаемы и необходимы. Юридические фикции и презумпции, таким образом, усиливают и укрепляют правовую реальность.

В то же время нельзя не заметить одного, пожалуй, самого удивительного свойства как фикций, так и презумпций. Будучи по своему содержанию фактами вымышленными или сомнительными, они находятся за пределами бытовой действительности, т.е. они не существуют в реальном мире. Но, при этом, они в полной мере являются частью правовой реальности, т.е. существуют в праве. Иными словами, фикции и презумпции утверждают, что нечто существует в праве, хотя оно и может отсутствовать в действительности. Тем самым они связывают идеальный мир права с реальным миром обывательской жизни. Однако, проводя эту связь, фикции и презумпции выстраивают иерархию этих двух миров. Они утверждают первичность правовой реальности и вторичность бытовой. Получается, что последняя вырастает из первой, т.е. происходит замещение реального мира, который перестаёт выступать источником бытия и становится в подчинённое к праву положение. Как тут не вспомнить классическое определение марксистской теории о том, что главным источником права являются материальные условия жизни общества. Многовековое существование и применение фикций и презумпций в корне опровергает его. Не хозяйственные потребности быта, а осознанное стремление преодолеть неопределённость в праве привели когда-то римлян к использованию фикций и презумпций (ибо изменившиеся материальные условия, как раз наоборот, должны были толкать римлян к отмене устаревших законов, а отнюдь не к их приспособлению). То же самое можно сказать и по поводу английского общего права, в котором доля фикций и презумпций всегда была и остаётся значительной.

Таким образом, право, обладая собственной творческой силой, способно не только регулировать поведение людей, но и создавать его. Более того, право может создавать модели поведения, которые

не существуют в действительности, но которые, при помощи фикций и презумпций, обретают качество осязаемого феномена. Не материя, а сознание обуславливает поведение людей и юридические фикции и презумпции являются, на наш взгляд, самым ярким тому подтверждением.

¹ Некоторые исследователи считают, что первые фикции и презумпции возникли еще в эпоху древнего права, до их письменного закрепления, как логический результат общественной практики. Такова, например, презумпция знания закона. – См. Черниловский З.М. Презумпции и фикции в истории права // Советское государство и право, 1984, № 1.

² См. Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895; Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных сделках. Казань, 1859.

³ См. Dumeril. Les fictions juridiques. P., 1882; Chassan M. Essai sur la symbolique du droit. P., 1847.

⁴ См., например, Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974.

⁵ См. Курсова О.А. Юридические фикции современного российского права: сущность, виды, проблемы действия // Проблемы юридической техники. Н. Новгород, 2000.

⁶ См. Панько К.К. Фикции в уголовном праве и правоприменении. Воронеж, 1998.

⁷ Исаев М.А. Лекции по истории русского права и государства. М., 1996.

⁸ Законы Вавилонии, Ассирии и Хеттского царства / Пер. и комментарии И. М. Дьяконова // Вестник древней истории, 1952, № 3, с. 309—311. Статьи, посвященные феодальным правоотношениям, в частности, 26-32, 35-38; капиталистическим правоотношениям – ст. ст. 88-101, 104-106.

⁹ Факт совершения преступления не может рассматриваться как опровержимая презумпция, т.к. в этом случае она была бы равносильна презумпции подозреваемости каждого человека. Такое положение противоречило бы презумпции невиновности – одной из важнейших основ правового государства.

¹⁰ Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895.

¹¹ Конституция РФ 1993 г., ст. 80, ч. 4.

¹² ФЗ «О выборах Президента РФ» от 10.01.2003 г., ст. 76, ч. 3.

¹³ Данная презумпция – *res iudicata pro veritate habetur* – установлена ст. 297 УПК РФ 2002 г. и касается, прежде всего, судебного решения (приговора), вынесенного в порядке надзора Президиумом Верховного Суда РФ. Аналогичная презумпция установлена ст. 15 АПК РФ 2002 г. в отношении, прежде всего, постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ.

Советская наука считала эту презумпцию неопровержимой, т.к. процессуальное законодательство устанавливало сроки для пересмотра дела, как в порядке надзора, так и по вновь открывшимся обстоятельствам. По истечении этих сроков решение (приговор) не могли быть изменены. См. Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974.

¹⁴ УПК РФ 2002 г., ст. 413, ч. 4.

¹⁵ УПК РФ 2002 г., ст. 417, ч. 2.

¹⁶ Конституция РФ 1993 г., ст. 15, ч. 3.

¹⁷ ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» от 21.07.1994 г., ст.79.

¹⁸ ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» от 21.07.1994 г., ст.1.

¹⁹ См. Сериков Ю. А. Правовые презумпции в решениях Конституционного Суда РФ // Арбитражный и гражданский процесс, 2003, № 4.

²⁰ См. постановления Конституционного Суда РФ № 28-П от 11.12.98г. и №15-П от 11.11.99г. о толковании ч. 4 ст. 111 Конституции РФ. – Вестник Конституционного Суда РФ, 1999, № 2, № 6.

²¹ Исключения составляют вопросы, подлежащие обязательному рассмотрению в верхней палате. Они указаны в ст. 106 Конституции РФ.

²² Требования к количеству голосов членов Совета Федерации, необходимому для принятия решения по существу записаны в ч. 2. ст. 93 Конституции РФ.

²³ В абсолютных и дуалистических монархиях глава государства, как известно, обладает прерогативой совершенства и никогда не может быть привлечен к юридической ответственности. В современных парламентарных монархиях неподсудность Короны обуславливается презумпцией, что она действует исключительно по совету своих министров и, следовательно, юридической ответственности подлежат члены правительства во главе с премьер-министром.

²⁴ В мусульманских и, прежде всего, в арабских монархиях также действует прерогатива совершенства. Независимость данного правового института в арабских республиках обуславливается закреплением в конституциях обязанностей самого государства, которые полностью соответствуют Корану и Сунне Пророка. Подробная регламентация этих обязанностей является гарантией законности и справедливости власти. Юридическая ответственность как бы перекладывается с главы государства на государство в целом. Президент, действуя от имени мусульманского государства, предполагается выполняющим его обязанности, а, значит и соблюдающим высший религиозный закон. Это может рассматриваться как неопровержимая презумпция.

²⁵ Материально-правовыми называются презумпции, которые устанавливают обычный порядок отношений между субъектами права и определяют применение правовой нормы. В противоположность им существуют процессуальные презумпции, которые регулируют распределение бремени доказывания и сужают его предмет. – См. очень интересные и глубокие рассуждения по этому вопросу у Бабаева В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974; и Каминской В.И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М.-Л., 1948.

²⁶ Бабаев В.К. рассматривает истинность и действительность нормативного акта как отдельные, но взаимосвязанные презумпции, гарантирующие реальную исполнимость законов. – Презумпции в советском праве. Горький, 1974.

²⁷ Ивановский В.В. Учебник государственного права. Казань, 1908.

²⁸ Ч. 3 ст. 72 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» от 1994 г.

²⁹ В решениях Конституционного Суда РФ в этой связи сформулированы две презумпции: презумпция добросовестности и разумности действий конституционных органов, и презумпция добросовестности законодателя и его приверженности общим принципам права. – См. Сериков Ю. А. Правовые презумпции в решениях Конституционного Суда РФ // Арбитражный и гражданский процесс, 2003, № 4.

³⁰ Мартенс Ф. Международное право. Т. 2, М., 1904, с. 5.

³¹ Например, А. Дюмериль рассматривает фикции как «костыли», характерные для эпохи становления права. – См. Dumeril H. *Les fictions juridiques*. P., 1882, p. 17-18.

Legal Fictions and Presumptions in Russian Constitutional Law (Summary)

*Konstantin V. Karpenko**

The article focuses on the role and significance of legal fictions and presumptions in modern Russian law. Analyzing the Constitution of 1993, several important federal statutes, and also the practice of the Constitutional Court, the author concludes that the fictions and presumption are a separate and, in many ways, a unique phenomenon in the legal regulation and can not be reduced solely to legal technique. Through fictions and presumptions the law is capable of internal, self-supporting development.

Keywords: Constitution; legal fact; legal fiction; legal presumption; legal rules.

* Konstantin V. Karpenko – senior lecturer of the Chair of Constitutional law, MGIMO-University MFA Russia.

Основные источники унификации гражданского и торгового права в Европейском союзе

*Хоррманн Е.А.**

Настоящая статья посвящена теоретическим и практическим аспектам унификации и гармонизации гражданского и торгового права в Европейском Союзе. В данной статье рассмотрены основные источники европейского торгового права, как, например, Договор о Европейском союзе в лиссабонской редакции и Договор о функционировании ЕС. Автором статьи наиболее подробно проанализированы Регламенты Рим I и Рим II, как наиболее важные и удавшиеся инструменты по унификации и гармонизации европейского гражданского и торгового права в настоящее время.

Ключевые слова: источники европейского права, Регламенты Рим I и II, Римская Конвенция 1980 г., договорные обязательства, внедоговорные обязательства, конфликт законов, свобода выбора права, унификация, гармонизация

Основное содержание унификации, как в международном, так и в европейском праве состоит в том, что в различных государствах применяются идентичные и обязательные для исполнения нормы права, которые, кроме того, в данных государствах будут также одинаково истолкованы и применены¹. Другими словами, унификация в праве – это процесс выработки единообразных национально-правовых норм.

Одна из целей создания в Европейском союзе пространства свободы безопасности и правосудия заключается в том, чтобы гармонизировать и унифицировать различные аспекты европейского права. Это относится и к европейскому частному праву, которое должно объединить разрозненные части и элементы международного частного права, находящиеся на различных уровнях юридической системы Европейского союза, в одно целое.

Важнейшую группу источников европейского права образуют учредительные договоры. Одними из первых учредительных договоров были те, которые положили начало существованию и развитию ЕС.

* Хоррманн Елена Алексеевна – магистр права LL.M., соискатель кафедры европейского права МГИМО (У) МИД России. e_horrmann@yahoo.de .

К ним, например, относятся Римские договоры об учреждении ЕЭС и Евратома 1957 г., вступившие в силу 1 января 1958 г. Важным этапом также был Маастрихтский договор о Европейском Союзе 1992 г.

В настоящее время действуют обновленные учредительные акты – Договор о Европейском Союзе (ДЕС) в лиссабонской редакции и сменивший Договор о ЕЭС Договор о функционировании Европейского союза (ДФЕС), опубликованные, в частности, в Официальном Вестнике Европейского союза (Official Journal of the European Union) 9 мая 2008 г.

Кроме того, к основным источникам первичного права, относится Хартия ЕС об основных правах от 7 декабря 2000 г. в редакции 2007 г.

Как отмечает профессор М.М. Бирюков, между вышеназванными тремя актами – ДЕС, ДФЕС и Хартией «не существует субординации, иерархии. Они тесно взаимосвязаны и обладают равной юридической силой»².

Учредительные акты первичного права регулируют в ЕС как вопросы публично-правового характера, так и частноправовые аспекты.

Кроме того, к источникам европейского права, имеющие целью гармонизацию и унификацию, относятся акты вторичного права Евросоюза, прежде всего регламенты, являющиеся обязательными для исполнения нормативными актами прямого действия для всех государств – членов ЕС и директивы, содержащие конкретные положения относительно того или иного вопроса в том числе частноправового характера.

Обратимся к тексту учредительного договора.

В соответствии со ст. 288 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) «для осуществления компетенции Союза институты принимают регламенты, директивы, решения, рекомендации и заключения. Регламент имеет общее действие. Он является обязательным в полном объеме и подлежит прямому применению во всех государствах – членах. Директива имеет обязательную силу для каждого государства – члена, кому она адресована, в отношении результата, которого требуется достичь, но оставляет в компетенции национальных инстанций выбор формы и способов достижения. Решение является обязательным в полном объеме. Когда решение указывает адресатов, оно обязательно только для них. Рекомендации и заключения не имеют обязательной силы».

Необходимо отметить, что речь в данном случае идет о решениях (англ. decision, нем. Beschluss, фр. décision) институтов Европейского

союза, например, Европейской комиссии. «Отличительная особенность решений заключается в том, что это акты индивидуального, а не общего характера. Они обязательны для своих адресатов во всех своих составных частях... Адресатом не обязательно должно выступать государство. Это могут быть определенные институты, те или иные категории юридических лиц либо даже отдельные юридические лица. Решения notiфицируются (сообщаются) тем субъектам европейского права, которых они непосредственно касаются и которые выступают в качестве исполнителей соответствующих предписаний»³.

Источниками права ЕС также являются решения Суда ЕС и общие принципы права.

Принятие соответствующих регламентов и директив – это чрезвычайно важный шаг на пути к унифицированному и гармонизированному европейскому праву.

В этом контексте приведем пример из практики Верховного суда ФРГ⁴. Предпринимательница У., имеющая фирму в немецком городе Дортмунде, занимается сдачей в аренду караванов – автодомов⁵ или жилых автофургонов. На странице ее предприятия в интернете имеется ссылка на дорожную карту с вариантами проезда к фирме владелицы У. из приграничных регионов Германии с Нидерландами. На данной интернет-странице даже написано: “Wij spreken Nederlands!” («Мы говорим по-голландски!»).

Потребитель В. из голландского городка Венло, захотевший арендовать на некоторое время один из таких автофургонов, вначале осведомился о деталях по электронной почте и после подписания, формуляра, присланного ему по факсу, в итоге зарезервировал один из жилых автофургонов. После этого, В. поехал к У., чтобы лично сделать первый взнос за аренду. Договор об аренде был подписан В. несколько месяцев спустя, когда он забирал автофургон. Из-за технических неполадок в моторе автофургона В. вернул автофургон лишь две недели спустя после истечения срока договора, из-за чего у У. возникли убытки, которые она решила взыскать с потребителя В. Для У. возник вопрос, может ли она предъявить иск к В. на территории Германии в соответствии с немецким правом?⁶

В связи с угрозой иска потребитель В. вспомнил, что в первый раз по прибытии на фирму госпожи У. он поскользнулся на полу и упал так сильно, что вывихнул себе руку, из-за чего ему пришлось посетить врача и понести расходы по медицинскому обслуживанию. Он решил,

в свою очередь, подать иск о возмещении госпожой У. понесенных им расходов.

Чтобы разрешить спор, обратимся к анализу нового Регламента ЕС 593/2008 о праве, применимом к договорным обязательствам, более известного как Регламент Рим I. Нам потребуется также анализ акта, ему предшествующего, каковым была Римская Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, принятая 19 июня 1980 г. (далее также Римская Конвенция). Данная Конвенция долгое время составляла основу европейского коллизионного договорного права. Возникновение идеи о подготовке Римской Конвенции во многом было связано с практикой применения предыдущей Брюссельской Конвенции от 27 сентября 1968 г., одной из особенностей которой было предоставление истцу права выбора между судами государств-участников, что означало определенные преимущества для истца и риски для другой стороны, т. к. истец в такой ситуации был вправе выбрать наиболее благоприятное для себя право (*forum shopping*). Стремление скорректировать подобную практику путем создания единого коллизионного права наряду с другими факторами и привело к идее подготовки Римской Конвенции.

Следует отметить, что еще в 1967 г. правительства Бельгии, Нидерландов и Люксембурга предлагали Европейской комиссии унифицировать коллизионные нормы на основе проекта Брюссельской Конвенции. В декабре 1972 г. Комиссия представила проект Конвенции о праве, применимом к договорным и внедоговорным обязательствам. В 1975 г. текст проекта Конвенции пришлось заново пересматривать, в связи с вступлением в ЕС Великобритании, Дании и Ирландии.

В 1978 г. в проект была внесена самая принципиальная поправка – по настоянию Великобритании из предмета регулирования Конвенции исключили коллизионные нормы, посвященные внедоговорным обязательствам. В конечном итоге 19 июня 1980 г. Римскую Конвенцию открыли для подписания и 1 апреля 1991 г. она вступила в силу. Римская Конвенция, по общему мнению, явилась одним из самых удачных образцов унификации в области коллизионного права. Она оказала существенное влияние на развитие международного частного права не только в границах ЕС, но и за их пределами, в том числе повлияла и на ГК РФ (например, часть IV)⁷.

В 2004 г. в Гаагской программе, принятой на заседании Европейского совета 5 ноября 2004 г., была сформулирована задача проведения

активной работы по переформулировке и модернизации норм коллизионного права и договорных обязательств. Вскоре после этого, в 2005 г. Европейская комиссия подготовила проект предложений для Регламента о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим I), работа над которым продолжалась несколько лет⁸. Регламент Рим I в окончательной редакции был принят 17 июня 2008 г. Данный Регламент № 593/2008 вступил в законную силу 17 декабря 2009 г.

В соответствии со ст. 24 Регламента Рим I, этот акт «заменяет между государствами – членами Римскую конвенцию, кроме территорий государств – членов, которые входят в территориальную сферу применения этой Конвенции и исключены из сферы применения Регламента Рим I в соответствии со ст. 299 Договора об учреждении Европейского сообщества» (ныне ст. 349 Договора о функционировании Европейского союза). Речь идет об отдельных территориях, находящихся под юрисдикцией ряда государств-членов. К таким территориям относятся, в частности, Гваделупа, Французская Гвиана, Азорские острова, Мартиника, Реюньон и некоторые другие. Из этого следует, что Римская конвенция 1980 г. продолжает использоваться для разрешений коллизионных вопросов договорного права, возникающих между вышеуказанными территориями и государствами – членами ЕС.

Итак, Регламент Рим I был призван установить в границах ЕС единообразные правила урегулирования «конфликта законов», т.е. унифицированные коллизионные нормы, которые определяют законодательство какого конкретного государства будет применяться в тех или иных отношениях с иностранным элементом.

Регламент Рим I призван достигнуть нескольких важных для унификации и гармонизации права ЕС целей, таких как:

– усовершенствование содержания и расширение сферы применения единообразных коллизионных норм ЕС в области договорного права, например, уточнение правил о том, какому законодательству будет подчиняться договор, стороны которого не воспользовались предоставленной им свободой выбора применимого права (ст. 4);

– упрощение и модернизация процедуры внесения изменений и дополнений, направленных на дальнейшее совершенствование коллизионных норм ЕС в области договорного права. Так, в отличие от своей предшественницы – Римской конвенции, Регламент Рим I принимается и изменяется в соответствии с законодательной процедурой совместно-го принятия решений, при которой обязательно согласие Европейского

парламента как института ЕС, избираемого всеобщим прямым голосованием его граждан, и Совета Европейского союза как института ЕС, состоящего из представителей национальных правительств, принимающих решение квалифицированным большинством;

– создание единообразной судебной практики на основе решений Суда ЕС, дающих нормативное толкование Регламента Рим I, в том числе по искам Европейской комиссии к государствам-членам и по преюдициальным запросам национальных судов. В случае Римской конвенции создание единой судебной практики оказалось невозможным, поскольку Суд Европейских сообществ не получил полномочий по ее толкованию, т.к. соответствующие протоколы к данной Конвенции не были своевременно ратифицированы всеми государствами-членами⁹.

В соответствии с п. 1 ст. 1 Регламента Рим I, данный Регламент применяется к обязательствам по договору в гражданской и торговой сферах в тех ситуациях, когда имеет место конфликт (коллизия) законов. При этом, п. 2 ст. 1 Регламента включает достаточно большой список исключений из сферы действия Регламента Рим I. Это явилось результатом его компромиссного характера, что характерно для большинства актов подобного рода.

Возвращаясь к вопросу о выборе права или автономии воли сторон, отметим, что п. 1 ст. 3 Регламента Рим I почти слово в слово повторяет ст. 3 Римской Конвенции 1980 г. о том, что выбор права «должен быть прямо выражен или определенно вытекать из положений договора либо из обстоятельств дела». Тем не менее, весомое отличие состоит в том, что после вступления в силу Регламента Рим I в случае конклюдентного выбора права, этот выбор должен **определенно**¹⁰, а не «с достаточной уверенностью» как ранее, вытекать из положений договора или обстоятельств дела. Так, п.п. 1 и 2 ст. 3 Регламента Рим I закрепляют следующее: «1. Договор регулируется правом, выбранным сторонами. Выбор должен быть прямо выражен или определенно вытекать из положений договора либо из обстоятельств дела. Посредством данного выбора стороны могут указать подлежащее применению право для своего договора в целом или только для отдельной его части. 2. Стороны в любое время могут прийти к соглашению о том, что договор будет регулироваться иным правом чем то, которое регулировало его ранее согласно предшествующему выбору, сделанному в соответствии с настоящей статьей, или согласно другим положениям настоящего

Регламента. Любое изменение в определении подлежащего применению права, которое происходит после заключения договора, не затрагивает формальную действительность договора в значении статьи 11 и не наносит ущерба правам третьих лиц».

Интересен тот факт, что в российском праве задолго до принятия Регламента Рим I присутствовала норма о том, что выбор права должен **определенно** вытекать из положений договора или обстоятельств дела. Как свидетельствует отечественная же судебная практика, при разрешении споров, возникавших из внешнеэкономических сделок, во внимание принималась прямо или молчаливо выраженная воля сторон (конклюдентные действия). Международный коммерческий арбитражный суд, как и его предшественники – Внешнеторговая арбитражная комиссия, Арбитражный суд – не прибегает к установлению т.н. «предполагаемой» или гипотетической воли сторон¹¹. Здесь необходимо отметить, что зарубежная практика так же, как и российская, придерживается правила, что гипотетическая воля сторон принудительно установлена быть не может¹². В любом случае, важен сам факт, что воля сторон подлежит установлению. При этом речь идет именно о реальной воле, т.е. выраженной со всей своей очевидностью и определенностью. Если же реальная воля сторон по той или иной причине не может быть установлена, в этом случае право договора будет установлено с помощью объективной привязки, при этом, чрезвычайно важно подчеркнуть, что объективная привязка и молчаливый выбор права взаимоисключают друг друга¹³.

После вступления в силу Регламента Рим I все еще спорным остается вопрос о том, могут ли и должны ли стороны договора иметь право прямо выбрать по отношению к своему договору т.н. «негосударственное» право¹⁴, как, например, право Венской Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (opt-in). В современной юридической литературе поддерживается точка зрения о том, что стороны в принципе вольны выбрать право Венской Конвенции 1980 г. для своего договора, хотя право Конвенции не является правом какого-либо государства.

Интересно отметить, что первоначальный проект Регламента Рим I в ст. 3 п. 2 предусматривал выбор сторонами негосударственного права, то есть «признанные на международном или европейском уровне принципы и правила материального договорного права». Тем самым сторонам предоставлялась возможность выбрать для своего

договора нормы Венской Конвенции 1980 г., а также Принципы Европейского Контрактного Права (PECL), Принципы УНИДРУА и т.п.¹⁵ Данное положение было тем не менее вычеркнуто из проекта, т.к. в случае подобных формулировок оставались открытыми такие значимые вопросы, как, например, кем и как данные принципы и правила должны быть признаны.

В конечном итоге, после принятия Регламента Рим I все осталось, как прежде. Пункт 3 ст. 3 данного Регламента закрепляет: «В случае, если на момент данного выбора [права к договору сторон¹⁶] все остальные элементы ситуации находились в другой стране чем та, чье право выбрано, то выбор сторон не должен наносить ущерба применению положений права этой другой страны, от которых не разрешается отступать посредством соглашения.» Кроме того, в соответствии с п. 4 ст. 3 Регламента Рим I, в случае, «если на момент данного выбора [права к договору сторон¹⁷] все остальные элементы ситуации находились в одном или нескольких государствах-членах, то выбор сторонами иного подлежащего применению права, чем право государства-члена, не должен наносить ущерба применению положений права Союза (когда уместно, трансформированных в законодательство государства – члена суда), от которых не разрешается отступать посредством соглашения.» Т.е. императивные нормы права ЕС не могут быть отменены по отношению к тому или иному договору между сторонами по решению последних.

Другой важной нормой Регламента Рим I является ст. 4 данного документа, в которой содержатся правила коллизионных привязок в зависимости от типа договора. Данная норма базируется на старинном и хорошо известном принципе, в соответствии с которым в спорных случаях к договору будет применено право того государства, в котором имеет свое обычное место жительства сторона договора, совершающая исполнение¹⁸. Такой стороной является, например, продавец по договору купли-продажи, поставщик услуг по договору оказания услуг, сторона, осуществляющая сбыт по договору о сбыте продукции и т.п.

П. 3 ст. 4 анализируемого Регламента содержит оговорку о наиболее тесной связи. Так в соответствии с п. 3 ст. 4, если после выяснения всех обстоятельств дела выясняется, что договор имеет более тесные связи с другой стороной, в этом случае к данному договору будет применяться право данной страны. Норма п. 4 ст. 4 Регламента Рим I также сформулирована по «классическому лекалу», согласно которому, если

подлежащее применению право не может быть определено на основании предыдущих параграфов статьи, то договор будет регулироваться правом того государства, с которым он имеет наиболее тесные связи.

Регламент Рим I содержит положения, регулирующие права т.н. более слабой стороны в договоре, как например, в случаях потребительских договоров, договоров страхования и индивидуальных трудовых договоров. Так, в соответствии с п. 1 ст. 6 Регламента, к потребительским договорам подлежит применению право того государства, где потребитель имеет свое обычное место жительства, однако при условии, что предприниматель либо «осуществляет свою предпринимательскую деятельность в стране, где имеет свое обычное место жительства потребитель» (п. а) ст. 6 Регламента) или он «любими средствами направляет эту деятельность в данную страну или в несколько стран, включая данную страну, и что договор заключен в рамках этой деятельности» (п. b) ст. 6 Регламента Рим I).

По мнению некоторых зарубежных ученых, данная норма искусственным образом усложнена. Так, существует множество разнообразных способов защиты потребителя, например, на законодательном уровне закрепить правило, что для таких типов договоров всегда будет применяться право страны потребителя, т.е. право той страны, в которой потребитель имеет свое постоянное место жительства. С другой стороны, данная норма была бы не слишком справедлива по отношению к предпринимателю, т.к. предприниматель не всегда имеет возможность до момента подписания договора узнать, в какой именно стране потребитель имеет свое обычное место жительства. Нормы же ст. 6 Регламента Рим I, наоборот, слишком лояльны именно к предпринимателю¹⁹. В случае, если положения п. 1 ст. 6 Регламента не применяются, тогда будут применяться общие правила ст. 3 и 4 Регламента Рим I. При этом, п. 2 ст. 6 Регламента ограничивает автономию воли сторон в том смысле, что выбор применимого к договору права не должен негативным образом влиять на защиту прав потребителя и лишать его тех прав, которые были гарантированы ему в стране его обычного места жительства²⁰. Правомерен вывод о том, что данное весьма сдержанное правило Регламента Рим I в силу компромиссного характера данного документа приводит к тому, что даже такому успешному, с точки зрения унификации и гармонизации права, Регламенту, все же не под силу полностью заменить или объединить разрозненные нормы соответствующих директив в данной сфере.

Здесь необходимо также отметить, что в Регламенте Рим I содержится определение «преобладающих императивных норм». Так, п. 1 ст. 9 Регламента закрепляет, что преобладающими императивными положениями являются такие положения, соблюдение которых признано государством в качестве имеющего важное значение для охраны его публичных интересов, таких как политическое, социальное или экономическое устройство в той степени, что они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, при этом независимо от того, какое право подлежало бы применению к договору согласно Регламенту Рим I.

Вне всякого сомнения, Регламент Рим I можно охарактеризовать, как один из наиболее удачных, на настоящее время, актов по унификации и гармонизации европейского права. Тем не менее, как и у любого документа такого типа, у Регламента Рим I существует ряд недостатков, которые связаны с его компромиссным характером, неопределенным подходом к договорным отношениям, возникающим с частными лицами государств не членов Европейского союза, отсутствием норм, касающихся арбитражных судов и др.

Одной из наиболее крупных, существующих на настоящий момент, проблем – это проблема договорных отношений с представителями стран, не являющихся членами ЕС. Так, из текста самого Регламента Рим I неясно, применяется ли данный акт к отношениям, в которых задействованы как государство – член ЕС, так и страна, не имеющая членства в Союзе (например, при заключении договора купли-продажи между продавцом из Бельгии и покупателем из Японии).

В настоящее время, по мнению большинства известных европейских ученых-правоведов²¹, такие отношения также будут регулироваться Регламентом Рим I, т.к. согласно п. 1 ст. 1 Регламента данный акт применяется и к договорным обязательствам в гражданской и торговой сферах, тем или иным образом связанных с правом [двух или более] различных государств. Конечно, данную норму можно толковать по-разному, но все же неясным остается вопрос, идет ли в данном случае речь только о государствах – членах ЕС или также и о странах, не входящих в ЕС, в ситуациях, содержащих конфликт законов по договорным обязательствам в гражданской и торговой сферах.

Другой весомой проблемой Регламента Рим I являются следующие два аспекта, касающиеся третейских судов: во-первых имеет ли данный Регламент обязывающий характер и для третейских судов; во-вторых,

должны ли третейские суды в процессе судебного разбирательства ориентироваться на нормы Регламента Рим I или же нормы другого особого коллизионного права²².

Проблема состоит в том, что, в данном случае не действует правило *lex specialis derogat legi generali*. Так, например, в Германии существует более специальная норма § 1051 гражданско-процессуального кодекса, т.н. *lex arbitri*. Однако право ЕС обладает верховенством, и регламенты, как известно, являются актами прямого действия, т.е. в случае конфликта норм национального законодательства и норм того или иного европейского регламента, применяются нормы регламента ЕС. Таким образом, ответы на оба вышеназванных вопроса являются также предметом толкования.

Возвращаясь к вышеуказанному делу Верховного суда Германии о жилом автофургоне, отметим, что стороны данного договора аренды воспользовались предоставленной им Регламентом Рим I автономией воли сторон, и в качестве права, применимого к договору между ними, выбрали право Германии. В данном случае, как для предпринимательницы У. так и для потребителя В. было бы невероятным облегчением, действительно иметь возможность подать иск именно в своей стране, несмотря на унифицированность норм и похожий порядок судебных разбирательств.

Это естественно, т.к. несмотря на всю прозрачность границ в пределах Европейского союза любому человеку было бы психологически более комфортно, если бы его дело рассматривалось в соответствии с нормами более родного и знакомого национального права.

Интересно отметить, что в данном случае Верховный суд ФРГ применил положения и другого акта – п. с) ст. 15 Регламента Совета ЕС № 44/2001 «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» от 22 декабря 2000 г., более известного как Регламент Брюссель I.

Данный регламент – еще один важный и успешно применяемый акт в процессе унификации и гармонизации европейского права. По делам, которые касаются договора, заключенного потребителем для целей, не связанных с торговлей или с его профессией, юрисдикция определяется разделом 4 Регламента Брюссель I. В других случаях, когда договор заключался с лицом, осуществляющим коммерческую или профессиональную деятельность в государстве – члене ЕС, в котором потребитель имеет постоянное место жительства, либо в случае, если

он руководит такой деятельностью в этом государстве – члене ЕС или в нескольких государствах – членах ЕС, включающих и указанное государство, и договор заключен в рамках такой деятельности, применяется право данного государства.

Заметим, что данную норму почти слово в слово повторяет п. 1 ст. 6 Регламента Рим I. В нашем примере стороны выбрали право Германии в качестве права, применимого к их договору. В соответствии со ст. 23 Регламента Брюссель I данный выбор права является правомерным. Кроме того данное соглашение о подсудности между предпринимательницей У. и потребителем В. не является ничтожным и согласно ст. 17 в сочетании с п. 5 ст. 23 Регламента Брюссель I. Так, господин В. хотя и является потребителем в соответствии со ст. 15 Регламента, однако пп. с) п. 1 ст. 15 в данном случае не будет применяться, т.к. предпринимательница У. не только не осуществляет напрямую коммерческую или профессиональную деятельность в Нидерландах, но и даже не руководит такой деятельностью в стране потребителя.

Имея в виду интернет-страницу предприятия У., неясно, можно ли это понимать как «руководство коммерческой или профессиональной деятельностью в стране потребителя». В соответствии с наиболее распространенным мнением, интернет-страницы того или иного предприятия можно условно разделить на «активные» и «пассивные». Так, через активную интернет-страницу можно, путем нажатия на определенную ссылку заключить договор. Пассивная интернет-страница лишь мотивирует потенциального потребителя на заключение договора. В данном случае, предпринимательница У. использовала страницу своей фирмы в интернете скорее в качестве одного из источников рекламы, через которую однако нельзя было напрямую заключить договор. Итак, поскольку договор был заключен в стране, где осуществляет свою предпринимательскую деятельность госпожа У., правом, применимым к договору, было выбрано немецкое право, следовательно судебный процесс по иску предпринимательницы У. к потребителю В. будет, в соответствии с Регламентами Рим I и Брюссель I, рассматриваться одним из судов ФРГ.

Регламент Совета ЕС № 44/2001 «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» от 22 декабря 2000 г. (Регламент Брюссель I), так же, как и Регламенты Рим I и Рим II, пришел на смену Брюссельской конвенции, подписанной 27 сентября 1968 г.

Регламент Брюссель I, в частности, ввел на территории стран – членов ЕС упрощенный режим признания судебных решений и упразднил институт экзекватуры, как процедуру отдельного судебного рассмотрения вопроса о приведении в исполнение иностранного судебного решения. Тем не менее, формально суд, выносящий решение, выдавал заинтересованной стороне специальный, составленный по унифицированной форме сертификат, который подтверждал факт происхождения решения, а также его вступления в законную силу.

После проверки на соответствие установленным условиям в канцелярии соответствующего суда другого государства – члена ЕС, в отношении решения выдавался сертификат о признании наличия исполнительской силы. При этом должник узнавал о начале процедуры исполнения лишь только после официального вручения ему сертификата и передачи всех необходимых документов судебному исполнителю²³. При этом обжалование сертификата должником в вышестоящем суде приостанавливало исполнение решения.

В соответствии с новой редакцией Регламента № 1215/2012 от 12 декабря 2012 г. – Брюссель I (опубликована в Официальном Вестнике ЕС 20 декабря 2012 г.) процедура получения сертификата об исполнении полностью исключена из модернизированного текста Регламента. Таким образом, вынесенные с 10 января 2015 г. в одной из стран – членов ЕС судебные решения по гражданским или коммерческим делам будут сразу же, т.е. без какой-либо промежуточной процедуры, с момента вступления в законную силу признаваться подлежащими исполнению в других государствах – членах Евросоюза.

Кроме того, реформированные нормы Регламента Брюссель I существенно уменьшают сроки и стоимость взыскания, что является очень актуальным, например, для Италии, где один судебный процесс может длиться десятилетиями. Новая редакция также дополнила регламентацию в области определения юрисдикции в странах ЕС, как и в сфере коллизии судопроизводств, т.е. в ситуациях, когда один и тот же спор находится в производстве сразу двух или более судов.

Дело о жилом автофургоне представляет особый интерес еще и потому, что в нем задействованы также и нормы Регламента ЕС № 864/2007 о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам от 11 июля 2007 г. (Регламент Рим II). Так, потребитель В., в первое свое посещение предпринимательницы У. поскользнулся на пороге ее фирмы и упал, вывихнул себе руку и понес, как следствие, крупные

расходы по медицинскому обслуживанию, которые он намерен возместить с госпожи У. В соответствии с п. 1) ст. 1 Регламента Рим I обязательства, возникающие вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора, т.е. деликтные обязательства данным Регламентом не регулируются. В случае с травмой потребителя В. речь идет о т.н. преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), которая в праве ЕС квалифицируется как деликт и в отношении которой Регламент Рим II предусматривает специальное регулирование. Так, ст. 12 постановляет, что правом, подлежащим к применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие переговоров, которые предшествовали заключению договора, причем независимо от того факта, был ли в итоге заключен договор или нет, является право, которое применяется к договору или которое подлежало бы применению к данному договору, если бы он был заключен.

Если же данное право не может быть определено, то в соответствии с п. 2 ст. 12 Регламента Рим II «правом, подлежащим применению, является:

а) право страны, где наступает вред, независимо от того, в какой стране произошел юридический факт, влекущий наступление вреда, и в какой стране или в каких странах наступают косвенные последствия юридического факта;

или

б) право страны, когда стороны имеют свое обычное место жительства в одной и той же данной стране в момент, когда происходит юридический факт, влекущий наступление вреда;

или

с) право другой страны, когда из всех обстоятельств дела вытекает, что внедоговорное обязательство, возникающее вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора, имеет явно более тесные связи с этой другой страной, чем та, которая указана в пп. а и б».

Таким образом, открытым остается только один вопрос, будет ли в данном случае германское право применяться в соответствии со специальной нормой ст. 12 Регламента Рим II или все же в соответствии с общей деликтной нормой ст. 4 данного Регламента. По мнению известного немецкого профессора в области деликтного права Беттины Хайдерхофф формулировка ст. 12 Регламента Рим II в совокупности со п. 30 преамбулы настоящего Регламента²⁴ указывает на то, что в данном деле применяется более общая норма ст. 4 Регламента Рим II²⁵.

Смысл ее состоит в том, что правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие причинения вреда, является право той страны, где этот вред наступает, при этом независимо от того, в какой стране произошел сам юридический факт, влекущий наступление вреда и в какой стране наступают последствия этого юридического факта. В случае с нашим примером, вред, нанесенный потребителю В., наступил на территории Германии, в связи с чем, дело будет рассматриваться в соответствии с немецким правом.

В принципе, использование единообразных правил Регламента Рим II в отношении внедоговорных обязательств призвано «увеличить предсказуемость судебных решений, а также обеспечить разумный баланс интересов лица, привлекаемого к ответственности, и лица, которому причинен вред»²⁶.

По мнению Виноградова А.А., привязка к государству, в котором расположено место наступления прямого вреда, создает беспристрастный баланс интересов того лица, которому был причинен вред и лица, которое привлекается к ответственности за нанесение вреда. Таким образом, на данном примере, каковых в настоящее время насчитывается великое множество, можно подробно представить всю важность таких Регламентов, как Рим I, Рим II, Рим III и Брюссель I, унифицирующих европейское частное право, как одну из составляющих общего права ЕС.

О Регламенте ЕС № 1259/2010 (Рим III) от 20 декабря 2010 г., касающемся сферы права, применимого к бракоразводным процессам при заключении интернациональных браков, вступившем в силу 21 июня 2012 г., учитывая более узкую тему нашей статьи, кратко заметим лишь следующее. Данный Регламент содержит нормы, регулирующие процессы по расторжению международных браков, определяет компетенцию судов в данной сфере, и, так же, как и Регламенты Рим I и Рим II, наделяет стороны возможностью выбора права, применимого к бракоразводному процессу (автономия воли сторон).

Подводя краткий итог, можно отметить, что как источники первичного права – ДЕС, ДФЕС, так и наиболее важные регламенты ЕС (Регламенты Рим I, II и III), несмотря на некоторые недостатки, в большинстве случаев обусловленные компромиссной природой данных актов, являются важными, неотъемлемыми и по сути, весьма удачными инструментами для процессов унификации европейского (в нашем случае гражданского и торгового) права.

- ¹ Ferrari F., Vertragliche Schuldverhaeltnisse (IPR) in Basedow J. Handwoerterbuch des Europaeischen Privatrechts, Bd. II. Tuebingen. 2009. S. 376.
- ² Бирюков М.М., Европейское право: до и после Лиссабонского договора. Москва, 2013. С. 56.
- ³ Европейское право: Учебник для вузов под ред. Л.М. Энтина. М., 2012. С. 123.
- ⁴ Дело № XII ZR 10/10 от 1 февраля 2012 г. In EuZW 2012, S. 236.
- ⁵ Автодом – автомобиль, совмещенный с жилым модулем, используемый для автотуризма.
- ⁶ Heiderhoff B., Europaeisches Recht. 2012. S. 215.
- ⁷ Патрикеев Е.А., Развитие международного частного права стран-членов Европейского союза: На примере коллизионного права // Правоведение, № 5, 2006, С. 121 – 132.
- ⁸ Бер Ф. Унифицированное и гармонизированное европейское право и его влияние на третьи государства. Электронный ресурс [http://journals.kantiana.ru/baltic_region/306/] С. 17.
- ⁹ Электронный ресурс [<http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm>]
- ¹⁰ Так, в английском варианте п. 1 ст. 3 Регламента Рим I выбор права должен быть „clearly demonstrated“ («A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract»).
- ¹¹ Кондрагычева Е.А., Свобода договора и «автономия воли сторон» как гарантии осуществления конституционных прав российских участников внешнеэкономической деятельности в международном частном праве, Вестник Нижегородского Университета им. Н.И. Лобачевского Серия право, 2003. № 1, С. 33-44.
- ¹² Sonneberger H. J., Muenchener Kommentar zum BGB. Muenchen, 2006. S. 1695.
- ¹³ Sonneberger H. J., Muenchener Kommentar zum BGB. Muenchen, 2006. S. 1696.
- ¹⁴ Т.е. не право какого-либо конкретного государства.
- ¹⁵ Schaefer J., Die Wahl nichtstaatlichen Rechts nach Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs einer Rom I VO – Auswirkungen auf das optimale Instrument des Europaeischen Vertragsrechts in GPR, 2006. S. 54.
- ¹⁶ Прим. Автора.
- ¹⁷ Прим. Автора.
- ¹⁸ Heiderhoff B., Europaeisches Recht. 2012. S. 224.
- ¹⁹ Heiderhoff B., Europaeisches Recht. 2012. S. 225.
- ²⁰ Виноградов А.А. «Рим I» и «Рим II» – вопрос выбора? Электронный ресурс [www.vestnik.mgimo.ru/files/15/22_vinoradov.pdf] С. 189.
- ²¹ См., напр., Ruessmann H., Spohnheimer F., Zum Geltungsanspruch europaeischer Verordnungen auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts in Stein T., Europaeische Integration und Globalisierung, Baden-Baden. 2011. S. 478.
- ²² Ruessmann H., Spohnheimer F., Zum Geltungsanspruch europaeischer Verordnungen auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts in Stein T., Europaeische Integration und Globalisierung, Baden-Baden. 2011. S. 486.
- ²³ Литвинский Д.В. Между странами ЕС экзекватуры больше не будет. 2013. Электронный ресурс [http://zakon.ru/Blogs/mezhdu_stranami_es_ekzekvatury_bolshe_ne_budet/5238]

²⁴ П. 30 Преамбулы к Регламенту Рим II гласит: «Culpa in contrahendo в целях настоящего Регламента является автономным понятием и не должно обязательно интерпретироваться в значении национального права. Оно должно включать нарушение обязанности информировать и разрыв переговоров о заключении договора. Статья 12 применяется только к внедоговорным обязательствам, которые непосредственно связаны с деловыми переговорами, проводимыми перед заключением договора. Соответственно, если в ходе переговоров о заключении договора наносится вред здоровью лица, то должны применяться статья 4 или другие уместные положения настоящего Регламента».

²⁵ Heiderhoff В., *Europaeisches Recht*. 2012. S. 221.

²⁶ Виноградов А.А. «Рим I» и «Рим II» – вопрос выбора? Электронный ресурс [www.vestnik.mgimo.ru/filesserver/15/22_vinoradov.pdf] С. 191.

Main Sources of Unification of the Civil and Commercial Law in the EU (Summary)

*Elena A. Horrmann**

This article is dedicated to the theoretical and practical aspects of the unification and harmonization of the civil and commercial law in the EU. The article provides the information about main sources of the European law, eg. Treaty on European Union (Consolidated version 2012) and Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012). The author also thoroughly analyses and estimates the Rome I and Rome II regulations, as the most important and successful acts concerning unification and harmonisation of the European civil and commercial law nowadays.

Keywords: sources of European law; Rome I and II Regulations; 1980 Rome Convention; contractual obligations; non-contractual obligations; conflict of laws; choice of law; unification; harmonization.

* Elena A. Horrmann – LL.M., post-graduate student of the Chair of European Law, MGIMO-University MFA Russia. e_horrmann@yahoo.de.

ХРОНИКА

Конференция в МГИМО «Актуальные теоретические вопросы современного международного права» 3 октября 2013 г.

В 2013 г. исполняется 110-лет со дня рождения Судьи Международного Суда ООН, члена Комиссии международного права ООН, главного редактора журнала «Советское государство и право» Федора Ивановича Кожевникова.

По случаю этого юбилея 3 октября 2013 г. МГИМО (У) МИД России, совместно с Российской ассоциацией международного права, проводит международную научную конференцию по теме «Актуальные теоретические вопросы современного международного права».

Приглашаем принять участие в научной конференции.

Регистрация (по e-mail или по телефону) в Оргкомитете конференции тем научных докладов и сообщений завершается 30 апреля 2013 г. С учетом результатов регистрации, Программа Конференции будет разослана до 1 июня.

Контактные реквизиты:

Зам. ответственного секретаря Оргкомитета научной конференции: Бойченко Ирина Юрьевна тел.: 8 (495) 434-94-40; e-mail: ILC48@mail.ru.

Ответственный секретарь Оргкомитета научной конференции: канд. юр. наук Синякин Иван Игоревич тел. 8(495) 434 94 40, Кафедра международного права МГИМО (У) МИД России.