

**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 (86) 2012 апрель-июнь

Содержание

Московскому журналу международного права – 20 лет

Поздравление директора Правового департамента МИД России

К.Геворгяна 3

Вопросы теории

Вылегжанин А.Н., Каламкьян Р.А. Значение международного обычая
в современном международном праве 5

Alexandr N. Vylegzhanin, Ruben A. Kalamkaryan The Role of International
Custom in the Contemporary International Law 29

Права человека

Саяпин С.В. Международный Комитет Красного Креста и социально-
экономические права человека (Часть 2) 30

Sergey V. Sayapin The International Committee of the Red Cross
and Social and Economic Rights (Part 2) 45

Ястребова А.Ю. Механизмы международно-правовой защиты
вынужденных мигрантов в условиях военных действий 46

Alla Y. Yastrebova Mechanism of International Legal Protection
to the Forced Migrants in the Conditions of War Conflict 63

Право и политика

Исаев М.А. Революция и правопорядок (к проблеме легитимации
новых политических режимов) 64

Maxim A. Isaev Revolution and Legal Order (to the Problem
of Legitimation of the New Political Regimes) 85

<i>Байльдинов Е.Т.</i> Проблемы устойчивости глобального правопорядка	86
<i>Ergali T. Baidinov</i> Sustainability of the Global Legal Order	104

Международное космическое право

<i>Жуков Г.П., Волинская О.А.</i> Международно-правовые аспекты страхования ответственности перед третьими лицами за ущерб в результате космической деятельности	105
<i>Gennady P. Zhukov, Olga A. Volynskaya</i> Third Party Liability Insurance for Space Activities: International Law Aspects	116

Вопросы территории

<i>Савва В.М.</i> Позиции государств по вопросу о правовом режиме экономической деятельности на Шпицбергене и в прилегающих морских районах	117
<i>Vera M. Savva</i> Standpoints of States with Regard to the Legal Regime of Economic Activity at Spitsbergen and in the Adjacent Maritime Areas	127

Избранные дела коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры»

<i>Монастырский Ю.Э.</i> Международные стандарты регулирования ответственности в сфере конкуренции	128
<i>Yuri Monastyrsky</i> International Standards for Regulation of Competition Liability	135

Голоса молодых

<i>Маламуд А.И.</i> Особенности взаимоотношений между исполнительной и законодательной ветвями власти в Израиле	142
<i>Alina I. Malamud</i> Characteristics of Relationship between Executive and Legislative Branches of Power in Israel	153
<i>Филиппенкова М.О.</i> Институциональные средства исполнения международно-правовых норм о защите морской среды	154
<i>Marina O. Filippenkova</i> Institutional Measures of Implementation of International Legal Norms of Marine Environment Protection	169

Хроника

Информационный центр Гаагской конференции по международному частному праву в Москве (МГИМО, 16 марта 2012 г.)	170
--	-----

МОСКОВСКОМУ ЖУРНАЛУ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА – 20 ЛЕТ!

**МИНИСТЕРСТВО
ИНОСТРАННЫХ ДЕЛ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

119200, г. Москва, Г-200

Смоленская-Сенная площадь, дом 32/34

Телефон (499)244-16-06

Главному редактору
Московского журнала
международного права
Ю.М. Колосову

Уважаемый Юрий Михайлович,

От имени Правового департамента МИД России и от себя лично позвольте выразить самые искренние и теплые поздравления Вам и всему редакционному коллективу Московского журнала международного права (МЖМП) по случаю его 20-летнего юбилея.

Не будет преувеличением сказать, что на сегодняшний день МЖМП – один из самых известных и авторитетных научно-исследовательских журналов в области международного права не только в России, но и на всем постсоветском пространстве.

Я горжусь дружбой, давним и плодотворным сотрудничеством, установившимся между редакцией МЖМП и Правовым департаментом.

Для нас, юристов-международников, МЖМП – это «настольный» журнал, активно и часто используемый в работе. Он дает нам возможность отслеживать подходы научных кругов России и стран СНГ к решению актуальных международно-правовых проблем для целей их последующего учета при разработке внешнеполитического курса России. В свою очередь для сотрудников Правового департамента большая честь быть опубликованными на страницах журнала, чтобы поделиться

с российской научной общественностью накопленным дипломатическим опытом работы в международно-правовой сфере.

Убежден, что сложившийся между нами союз «науки, права и дипломатии» служит на пользу укреплению авторитета России на международной арене и отстаиванию основополагающих принципов международного права.

Желаю Вам, уважаемый Юрий Михайлович, и всему Вашему коллективу доброго здоровья и дальнейших творческих успехов! Буду с интересом ожидать выхода очередных номеров Московского журнала международного права!

С уважением,

Директор Правового департамента К. Геворгян

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Значение международного обычая в современном международном праве

*Вылегжанин А.Н.**

*Каламкарян Р.А.***

В работе исследовано современное значение международного обычая в действующем международном праве в порядке толкования положений, содержащихся в ст. 38 Статута Международного суда ООН.

Ключевые слова: международный обычай; источники международного права; всеобщая практика; признание в качестве правовой нормы; Международный суд ООН.

Понятие международного обычая, его элементы, значение в правотворчестве и правоприменении уже весьма обстоятельно исследованы в отечественной и зарубежной международно-правовой науке. Член-корреспондент АН СССР Г.И. Тункин отмечал: «Проблема обычных норм международного права является одной из самых важных и вместе с тем одной из самых сложных теоретических проблем международного права»¹. Судья Международного суда ООН, зав. кафедрой международного права МГИМО проф. Ф.И. Кожевников писал: «Несмотря на неопределенность, шаткость, условность и относительность обычая, было бы неправильно, однако, недооценивать или, тем более,

* Вылегжанин Александр Николаевич – д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой международного права МГИМО (У) МИД России.

** Каламкарян Рубен Амаякович – д.ю.н., профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права РАН.

¹ Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Международные отношения. 1970. С. 130.

игнорировать его значение как источника права... Следует отметить, что целый ряд институтов в области международного права покоится исключительно на обычае... Более того, в правовой литературе среди источников положительного международного права обычаю чаще нередко отводят первое место по значению, а договорам – второе»².

Тема эта требует обновленных исследований: модернизируемая международно-правовая наука содействует прогрессивному развитию международного права, а последнее, именно в своей динамике адекватно учитывая содержательную диверсификацию современных международных отношений³, сохраняет качество их эффективного регулятора. Обозначенная тема по-новому востребована и в контексте конкретных международных событий. Одно из них – уточнение характеристики правового положения дна Северного Ледовитого океана, когда вопрос о месте в нем *обычных норм* вызвал научную дискуссию⁴. Не затрагивая в настоящей работе этот вопрос, напомним лишь о цене его решения. Если формально исходить из приоритетной роли в этом правовом положении одной нормы международного договора Российской Федерации, а именно ст. 76 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., то Россия, по представленным оценкам, теряет не менее 330 000 кв. км площади своего арктического шельфа. Если же исходить из толкования этой статьи на фоне общего международного права, приоритетности применимого международного обычая, то такой потери Россия не несет⁵. Не рассматривая позиции по данному масштабному вопросу, сформированные в науке и на экспертных площадках⁶, в настоящей статье

² Кожевников Ф.И. Учебное пособие по международному публичному праву. Выпуск I. История и понятие международного права. М.: Юриздат НКЮ СССР, 1954. С. 32.

³ Современные международные отношения и мировая политика. Отв. ред. А.В. Торкунов. М., 2005. С. 5–9.

⁴ Гуреев С.А., Бунник И.В. Материалы круглого стола «Морская деятельность Российской Федерации: состояние и проблемы законодательного обеспечения» / Временная комиссия по национальной морской политике. Федеральное Собрание Совета Федерации РФ // Информационный бюллетень № 1. 2005.

⁵ См.: Международное право и национальные интересы Российской Федерации. Сборник статей. Отв. ред. А.А. Ковалев, Б.Л. Зимненко. М., 2008. С. 46–76; Вылегжанин А.Н. Уточнение пределов юрисдикции России в Арктике на основе общего международного права // Международные суды: актуальные проблемы международного права. Межвузовский сборник научных трудов. 2 (6) выпуск. Екатеринбург. 2010. С. 23–42.

⁶ Протоколы Научно-экспертного совета Морской коллегии при Правительстве Российской Федерации. М., 2008–2011 гг. См: http://mk.esimo.ru/about/objects/index.jsp?resourceId=149_RIIMI-DC_386&techId=1&sortBy=date&rubricId=35

авторы делают попытку теоретического осмысления *результатов исследования феномена международного обычая*, уже представленных в русской, советской, российской и зарубежной юридической литературе, современного обобщения значимости международного обычая как основного источника международного права.

Термин «международный обычай». На ранних этапах развития общества уже появлялись некие образцы поведения, принимаемые за должные, за те правила, отступление от которых недопустимо. В общей теории права огромная роль обычного права отмечена прежде всего в национальном «раннем праве»: «Обычное право появляется раньше государства», и появление государства вначале «слабо отразилось на действии обычно-правовых систем, они, как и раньше, продолжали делать свое дело». Постепенно государство все более результативно внедрялось в сферу правового регулирования, особенно его суды. Но и они «вначале руководствовались обычным правом». И уже позднее из правовой сферы «вытеснялись обычно-правовые нормы», чтобы привнести созданное государством законодательство. В конечном счете «государству удастся оттеснить на периферию (но не вытеснить) обычно-правовые системы»⁷.

В международном праве – другой финал: число международных договоров, в том числе кодификационных конвенций, уже сейчас огромно, оно продолжает расти, но при этом значение обычных норм международного права не уменьшается. Напротив, именно они, как показывает практика Международного суда ООН, позволяют урегулировать наиболее сложные споры на основе международного права. При рассмотрении международного обычая (как *основного*, наряду с международным договором, *источника международного права*) специалисты говорят о «спонтанном», «почти не осознанном» правотворчестве, об «исторической ауре легитимности», о «подлинном выражении общественных потребностей и ценностей»⁸. Упрощая, правоведы пишут, что международный обычай выявляют «из практики государств

⁷ Проблемы общей теории права и государства / Под общ. ред. академика РАН В.С. Нарсесянца. М., 2001. С. 102–103.

⁸ Show M.N. International Law. Sixth edition. Cambridge University Press, 2008. P. 72–73. Формирование международного обычая, как и обычая в национальном праве, сравнили с постепенным образованием дороги через незанятый участок земли. Поначалу возможна неопределенность, даже несколько тропинок через участок, но со временем «большинство пользователей начинает следовать одним и тем же путем, который и становится единственной дорогой». Show M.P. Op. cit. P. 7.

и их поведения», даже «из конвергенции различной такой практики»; и коль скоро может меняться поведение государств, «могут меняться и международные обычаи». Соответственно, делается вывод о том, что международный обычай отражает такой подход к принятию государствами решений своеобразным «консенсусом фактического поведения», при котором «большинство из них имеют возможность создавать новое право», обязывающее всех (не только его создателей), в то время «как само участие государств в этом процессе поощряет их приверженность обычным нормам». Подчеркивается, что только практики государств (их фактического поведения) мало для формирования международного обычая. Нужно еще принятие этой практики как *должной в силу права*⁹. Такие упрощенные объяснения, однако, требуют теоретических уточнений, прежде всего в части *взаимодействия компонентов*, необходимых для формирования международного обычая.

Теория двух составляющих международного обычая. Международный обычай в ст. 38 Статута Международного суда ООН определен «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Поскольку Статут «составляет неотъемлемую часть» Устава ООН (ст. 92 Устава), это определение сомнению не подвергается, но ему даны различные толкования в части обоих компонентов, конституирующих международный обычай: а) «всеобщей практики» и б) ее признания «в качестве правовой нормы». Согласно «классической» интерпретации этого определения, нормы обычного права формируются именно из комбинированного взаимодействия *обоих* элементов: установившаяся, широко распространенная, последовательная практика государств; и субъективный элемент (ее признание в качестве права), известный как *opinio juris sive necessitatis* (убежденность в правомерности и необходимости)¹⁰, для краткости называемый *opinio juris*. В силу этого установить содержание обычной нормы международного права сложнее, чем содержание договорной нормы. В отличие от последней, обычная норма международного права не сформулирована *аутентичным способом*. Поэтому значим вопрос о *свидетельствах* общей практики государств и *opinio juris* (об этом – ниже). Обычные

⁹ Ibid. P. 73–75.

¹⁰ Этот термин, как считается, удачно использован французским ученым Ф. Гени (Francois Geny) для отграничения юридического обычая от обыкновения в национальном частном праве еще в 1899 году. – Show M.N. International Law. Sixth edition. Cambridge University Press, 2008. P. 75.

нормы международного права создаются в основном государствами; особенностью формирования таких норм, как подчеркнуто, является прежде всего то, что их возникновение и применение «хронологически предшествует юридической квалификации. Практика государств не кристаллизуется сразу в международный обычай. Сначала появляется обыкновение (*usage*), которое на определенной стадии развития перерастает в международно-правовой обычай»¹¹. Для появления обычной нормы международного права необходимо, чтобы процесс формирования обычая «имел спокойную молодость», т.е. не был «потревожен» существенными препятствиями такому формированию, чтобы преодолевались имеющиеся сопротивления ему, в том числе и в виде отдельных протестов государств¹².

Принимая решение *по делу о континентальном шельфе Северного моря*, 1969 г. (споры между ФРГ и Нидерландами; между ФРГ и Данией), Суд рассматривал, как создается общая (обычная) норма международного права, и в этом контексте отметил: «Соответствующие действия государства должны не только соответствовать установившейся практике (*settled practice*), но они также должны быть такими или должны быть выполнены таким образом, чтобы быть доказательством убеждения в том, что такая практика является обязательной в силу существования нормы права (*by the existence of a rule of law*), которая предписывает такую практику. Потребность в таком убеждении, то есть наличие субъективного элемента, подразумевается в самом понятии *opinio juris sive necessitates*»¹³.

В решении по спору между Ливией и Мальтой о континентальном шельфе Международный суд отметил, что суть международного обычного права следует «искать прежде всего в современной практике и *opinio juris* государств (“primarily in the actual practice and *opinio juris* of states”)»¹⁴. Практика – это исходный фактор, но он изначально обусловлен вторым: практика государств, чтобы быть *юридически*

¹¹ Курс международного права. В шести томах. Гл. редакция: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий и др. Том 1. М., 1967. С. 180.

¹² Там же. С. 181.

¹³ North Sea Continental Shelf Cases. Judgment. ICJ Reports 1969. P. 44 (para 77). Эта констатация подтверждалась Судом и в последующих делах: Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). Judgment. ICJ Reports 1985. P. 13 (para 27); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits. Judgment. ICJ Reports 1986. P. 14 (para 183 and 207).

¹⁴ I.C.J. Reports 1985. P. 13, 29.

значимой, должна сопровождаться их уверенностью в ее *правомерности и необходимости в силу международного права*. Часто в юридической науке указывается на парадоксальность теоретической конструкции международного обычая: каким образом практика государств может развиться в общую норму международного права, если государства, создающие практику, должны считать, что эта норма уже существует? Ведь иначе их практика не соответствует норме, находится вне права. Получается, норма права существовала до того, как практические действия государств могли стать юридически значимыми. Но именно благодаря таким действиям норма права может возникнуть. Чтобы это противоречие устранить, поставлен вопрос: достаточно ли того, чтобы вначале государства действовали, *ошибочно* полагая, что норма уже существует, т.е. что имеет место случай *communis error facit jus* («совместная ошибка рождает право»)?¹⁵

Этот вопрос – о дискуссионности теоретической модели формирования международного обычая – несколько по-иному сформулирован в отечественной науке. «Различные концепции международного права связывали обязательную силу обычая с действием факторов, которые определяют обязательную силу права вообще... Представители исторической школы права, с которой связано возникновение концепции *opinio juris*, считали, что обычай есть не сознательное правотворчество, а спонтанный ... продукт народного духа. Согласно учению этой школы, обычай не создает право, а ... помогает познать его, поскольку истинным источником права служит правовое убеждение народа... Обычай не создает право, а демонстрирует право, уже существующее... Если полагать, что обычай есть правосоздающий процесс и в то же время понимать *opinio juris* в его традиционном значении, то возникает логическое противоречие, приводившее в замешательство многие авторитеты. В самом деле, как обычай может создавать норму международного права, если создающая его практика должна осуществляться в убеждении, что она требуется уже существующей нормой права?»¹⁶. Отвечая на этот вопрос, авторы пишут, что «существование процесса создания норм международного права путем обычая

¹⁵ Thirlway H. The Sources of International Law // Principles of International Law. Second Edition. Ed. M.D. Evans. Oxford University Press. Oxford. New York. 2006. P. 122–123. Daillier P. etc. Droit international public. 8 edition. L.G.D.J. Paris. 2009. P. 353–354.

¹⁶ Менжинский В.И., Даниленко Г.М. Процесс образования и действия международного обычного права // Международное право и международный правовой порядок / Отв. ред. Н.А. Ушаков. М., 1981. С. 53–54.

состоит в соглашении между государствами, которое в этом случае является молчаливым, а не явно выраженным, как в договоре»¹⁷. Можно говорить в данном случае о *молчаливом согласии* государств по двум позициям: относительно *единообразного поведения*; и относительно *признания* такого поведения в качестве *правовой нормы*.

Итак, две составляющие международного обычая – общая практика и *opinio juris* – взаимообусловлены. Но одни юристы говорят об *общей практике* государств как о *главном факторе* формирования обычая, фиксируемом во второстепенном элементе – *opinio juris*. (Предложено даже рассматривать международный обычай именно как общую практику, считая, что значение *opinio juris* состоит лишь в том, чтобы ее отграничить от юридически незначимой практики – в силу международной вежливости или протокола.) По мнению других правоведов, напротив, роль практики государств сводится прежде всего к тому, чтобы доказать существование *opinio juris*, и именно последний элемент – главный и *правосоздающий*. Констатируется наличие обычной нормы международного права и в том случае, когда имеется *ограниченная практика* нескольких государств, но имеются доказательства того, что большинство *государств исходит из существования такой нормы*¹⁸. Эта же мысль подчеркнута и в отечественной международно-правовой доктрине: «Всеобщность должна быть не атрибутом практики, создавшей обычную правовую норму, а атрибутом признания созданной нормы... Обычная норма общего международного права может быть создана практикой лишь некоторого числа, а не всех государств, но признана в качестве правовой нормы всеми государствами... При этом всеобщность признания не нужно доводить до арифметического совершенства»¹⁹.

Оба элемента международного обычая (общая практика и *opinio juris*) проявляют себя не только в актах государств (*les actes de l'Etat*), в деятельности компетентных органов государств (*des agents gouvernementaux*), но и в решениях Международного суда ООН, межгосударственных арбитражей, в документах универсального уровня, принятых ООН, другими межправительственными организациями и конференциями²⁰.

¹⁷ Там же. С. 56.

¹⁸ Show M.N. Op. cit. P. 75.

¹⁹ Курс международного права. В шести томах... Том 1. С. 181–182.

²⁰ Daillier P. etc. Droit international public... P. 356–358.

Комиссия международного права ООН отметила, что «протоколы кумулятивной практики международных организаций можно рассматривать как свидетельство международного обычного права в части отношений государств к международным организациям»²¹. В этом же плане интересна оценка роли *резолюций, деклараций*, принятых авторитетными *межправительственными организациями и конференциями*. Действительно, как констатировала Комиссия международного права ООН, «Нюрнбергские принципы были единодушно утверждены Генеральной Ассамблеей ООН в резолюции 95(I) от 11 декабря 1946 года», поэтому нет сомнений в квалификации их «как принципов международного права»²². В российской международно-правовой науке отмечено, что «резолюция 95(I) констатирует, что определенные правила уже сложились как международный обычай... Реже резолюции-рекомендации используются для фиксации в письменной форме какого-либо международного обычая... Их цель – облегчить восприятие содержания международного обычая. Словесное выражение международного обычая в этих резолюциях юридически не обязательно. Но если против их формулировок никто не возражает и к тому же на них периодически ссылаются, то со временем такие формулировки могут сами стать своего рода вторичным международным обычаем, превратиться в официальное юридически обязательное толкование первичного обычая... Встречаются также резолюции-рекомендации, которые целенаправленно готовятся как толкования ... принципов международного права. Наиболее известной резолюцией этого типа является декларация о принципах международного права 1970 г. ... Если такие резолюции получают всеобщую поддержку, рано или поздно их положения могут стать ... вторичным международным обычаем»²³.

Международный суд подтвердил возможность существования и *регионального обычая* в ряде своих решений: по делу об убежище (1950 г.)²⁴; по делу о правах граждан США в Марокко (1952 г.)²⁵; о праве прохода через территорию Индии (1960 г.)²⁶. В последнем случае Суд отметил возможность существования даже двустороннего обы-

²¹ Yearbook of the International Law Commission. 1950. Vol. II. P. 368.

²² Цит. по: Работа Комиссии международного права. Четвертое издание. Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк, 1989. С. 30.

²³ Черниченко С.В. Теория международного права. Том II. М., 1999. С. 294–295.

²⁴ C.I.J. Recueil. 1950. P. 266

²⁵ C.I.J. Recueil. 1952. P. 176.

²⁶ C.I.J. Recueil. 1960. P. 6.

чая – как «основы взаимных прав и обязательств между этими двумя государствами»²⁷. Иное мнение было высказано в юридической литературе: «формирование локального многостороннего международного обычая хотя в принципе и возможно, но происходит крайне редко. Двусторонний же обычай вообще не имеет смысла»²⁸.

Свидетельства «практики государств». По доктринальной оценке, термин «международный обычай» в его широком смысле обозначает два явления²⁹: 1) процесс создания обычной нормы права; 2) юридические нормы – обычные, образованные в результате данного процесса. В первом случае точнее говорить о *международном обычном нормотворчестве*, во втором – о его продукте – *обязательном правиле поведения*, причем оба этих явления взаимообусловлены. Субъектами, участвующими в процессе обычного нормотворчества, как было отмечено, являются прежде всего государства; вовлечены в этот процесс и международные межправительственные организации. С 1973 года США издают «Дигесты практики США в области международного права»³⁰, однако практика одного государства без общего признания ее в качестве нормы международного права не подпадает под определение «всеобщей практики», предусмотренное в цитированной ст. 38 Статута Суда. Возникает вопрос: как выявить эту общую практику государств, являющуюся компонентом международного обычая? В доктрине называют прежде всего такие свидетельства, как национально-законодательная практика, практика органов исполнительной власти, судебная практика, дипломатические действия, заявления от имени руководства государства и т.п.³¹. Наличие практики государств, как было показано, могут подтверждать и международные документы, прежде всего принятые ООН. Международный суд ООН в решении по англо-норвежскому спору о рыбных ресурсах (1951 г.) признал допустимость существования международного обычая, сформированного действиями

²⁷ C.I.J. Recueil. 1960. P. 25.

²⁸ Ушаков Н.А. Международное право. М., 2000. С. 22–23.

²⁹ См.: Лукашук И.И. Международное право. С. 80–90; Международное право / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 2002. С. 18–20; Rousseau Ch. Droit International Public. P., 1970. Т. 1. P. 319–364; Droit International Bilan et Perspectives P., 1991. P. 187–223; Ngugen Quoc Dinh. Droit International Public P., 1970. P. 293–304; Reuter P. Droit International Public. P., 1968. P. 50–55; Attar F. Droit International Entre Order et Chaos 1994. P. 124–136.

³⁰ См., например: Digests of US Practice in International Law. 1973–1980.

³¹ Show M. N. Op. cit. P. 82.

Норвегии по установлению прямых исходных линий для отсчета ширины территориального моря, поскольку такие действия сопровождались молчаливой «терпимостью» со стороны большинства государств³².

Подтверждение практики государств путем ее *неоднократного повторения* присуще нормальному процессу формирования международного обычая. В решении *Постоянной палаты международного правосудия* по делу «Уимблдон» (1923 г.) говорится о «постоянной международной практике»³³, в решении Международного суда о праве прохода через территорию Индии 1960 г. – о практике «постоянной и единообразной»³⁴. Считается, что правило о «длящейся и повторяющейся» практике сформулировано Международным судом в его *решении по делу о праве убежища (1950 г.)*. Дело касалось вопроса о компетенции одного государства юридически квалифицировать деяния гражданина другого государства. При отсутствии четкой применимой договорной нормы Международный суд исследовал содержание обычной нормы международного права, применимой к такого рода взаимоотношениям двух государств. По мнению Суда, позиция Колумбии могла бы основываться на такой норме, которая выражала бы право одного государства (Колумбии) и корреспондирующее обязательство другого государства (Перу). Данная обычная норма международного права должна была бы основываться «на постоянном и единообразном обыкновении (a constant and uniform usage), которого придерживаются заинтересованные государства». Но в действительности, отметил Суд, практика государства в области односторонней юридической квалификации деяния иностранца столь неясная и противоречивая, что не может считаться «постоянной и единообразной»³⁵.

Вместе с тем всегда «повторяющуюся», «постоянную» практику вряд ли правильно считать обязательным условием формирования международного обычая; важно, чтобы не было явно *противоречивой практики*. Для формирования международного обычая бывает достаточным единственный пример практики, сопровождающийся его широким признанием в качестве международно-правовой нормы, – это имело место после запуска в космос первого спутника СССР в 1957 г. Было всеобщее молчаливое признание того, что спутник, находящийся

³² C.I.J. Recueil. 1951 P. 139.

³³ C.P.J.I. 1923. Ser. A/B. №5.

³⁴ C.I.J. Recueil. 1960. P. 40.

³⁵ I.C.J. Report, 1950. P. 266.

на околоземной орбите, не нарушает суверенитет государств, над территорией которых он пролетает. Позитивная реакция со стороны государств, молчаливое принятие фактов запуска Советским Союзом и США в космос последующих искусственных спутников как соответствующего международному праву, отсутствие выраженной негативной реакции на это со стороны государств не вызывали сомнений в том, что применимый международный обычай сложился³⁶. Было высказано даже мнение о появлении новой формы международного обычного права, которую называли «мгновенно возникшим обычаем» (“instant custom”; “coutume immediate”); такое мнение, впрочем, опровергается другими правоведами³⁷.

«Всеобщая» или «общая» практика? В русском тексте ст. 38 Статута Суда термин «*всеобщая практика*» несколько отличается от соответствующего английского аналога (“general practice”), как и от французского (“une pratique generale”): в последних, скорее, отражен термин «*общая практика*». Этот лингвистический нюанс сказывается и на понимании юридического смысла термина: у читающего русский текст может сложиться впечатление, что в Статуте закреплено жесткое требование: достаточно одному государству не придерживаться соответствующей практики (т.е. когда она не является практикой «*всех*» государств) – и требование «*всеобщности*» не выполнено. На самом деле столь жесткое требование не заложено в контексте употребления в Статуте Международного суда термина “general practice” (“une pratique generale”). В упомянутом решении по спору о континентальном шельфе Северного моря, вынесенном в 1969 г., Суд не обозначил необходимости жестко понимаемой «*всеобщности*», отметив лишь требование о том, чтобы практика государств «*была широкой*», «*при условии, что она включает практику государств, чьи интересы специально затронуты (specially affected)*»³⁸. Вместе с тем такое участие считается и необходимым, поскольку эти государства способны обеспечить применение сформировавшейся обычно-правовой нормы.

Отметим и замечание Международного суда, сделанное им в решении по спору между Никарагуа и США: «Суд не считает, что, для того,

³⁶ В конечном счете эта обычная норма получила отражение и в международном договоре: Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, 1967 г.

³⁷ Daillier P. etc. Droit international public... P. 359.

³⁸ I.C.J. Reports 1969 (Para. 7.3). P. 131.

чтобы какая-либо норма стала нормой обычного права, соответствующая практика должна абсолютно строго соответствовать этой норме. Для вывода о существовании нормы обычного права Суд считает достаточным, чтобы поведение государств в целом соответствовало такой норме и чтобы примеры поведения государств, не соответствующего данной норме, в целом рассматривались как ее нарушения, а не как свидетельства признания новой нормы. Если государство действует так, что это *prima facie* несовместимо с признанной нормой, но при этом оно защищает свое поведение ссылкой на исключения или обоснования, содержащиеся в самой норме, то ... значение такого поведения государства состоит в том, что оно скорее подтверждает данную норму, чем отрицает ее»³⁹.

Выше отмечалось, что общая практика государств как компонент международного обычая складывается постепенно, что ее *исходным катализатором* может стать *законодательный акт даже одного государства*. В юридической литературе в этом смысле обращено внимание на законодательство Великобритании *о навигационных мерах*, нацеленных на *предупреждение столкновения судов в море*: эти меры потом были отражены в законодательстве других государств «практически в идентичных терминах», что облегчало международную гармонизацию практики государств в этой области⁴⁰. Впоследствии международные правила предупреждения столкновения судов в море стали частью и международного договорного права. Аналогично не вызывает сомнения значение *практики СССР, России* по организации обязательной *лоцманской и ледокольной проводке судов*, в т.ч. иностранных, по изобилующим льдами трассам *Северного морского пути* в целях обеспечения безопасности на море и предупреждения экологических катастроф. И в том и в другом случае сама по себе практика государства международный обычай еще не создала, востребован второй важнейший элемент – *opinio juris*.

Opinio juris. Как предложено, «в теории необходимо четкое разграничение между стадией создания и стадией применения права». При этом нормы права, «регулирующие процесс создания обычных норм в международном праве, можно условно назвать ... правом обычаев»⁴¹.

³⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Reports, 1986. P. 98.

⁴⁰ Show M.N. Op. cit. P. 83.

⁴¹ Менжинский В.И., Даниленко Г.М. Процесс образования и действия международного обычного права / Международное право и международный порядок // Отв. ред.

В зарубежных курсах международного права столь сложной теоретической конструкции чаще всего не приводится. В них схема объяснения этого феномена проще: «Наиболее важным источником международного права в течение веков было обычное право (*customary law*), возникающее из практики государств. Последние по времени усилия по кодификации международного права и по заключению многосторонних договоров во многих областях ... имели целью сделать его более четким, установив универсально принятые нормы. Но обычное право все еще сохраняет преобладание (*predominance*) над договорным правом и над другими источниками международного права во многих областях». Соответственно, цитируя упомянутую дефиницию международного обычая в ст. 38 Статута Суда («как доказательство всеобщей практики»), зарубежный юрист задает вопрос: «А как это возможно создать право практикой?», оставляя его без ответа⁴².

На такие «трудности» в рассуждениях и вопросах, поставленных авторитетными западными правоведами, ранее обратил внимание Г.И. Тункин. По его мнению, трудности такого рода «возникают в связи с тем, что к вопросу о признании практики в качестве нормы права или к *opinio juris* подходят недиалектически». Напротив, объяснение Г.И. Тункиным феномена формирования международного обычая и роли в этом *opinio juris* и сегодня выглядит убедительным:

- «обычная норма международного права вырастает из международной практики»;

- при этом «элемент времени», «продолжительность» практики, как и ее «непрерывность», не играют «решающей роли в процессе образования нормы международного права»;

- «прежде всего, позиция великих держав имеет решающее значение в процессе создания общепризнанных норм международного права. Таково фактическое положение дел. Юридически, однако, воли различных государств в процессе создания норм международного права являются равнозначными»;

- установление устойчивой практики государств «является определенной стадией в процессе формирования обычной нормы международного права». Завершается же этот процесс признанием такой обычной практики «в качестве нормы международного права».

Н.А. Ушаков. М., 1981. С. 58–60.

⁴² Malanczuk P. Akehurst's Modern Introduction to International Law. Seventh Revised Edition. Routledge. London and New York. P. 33–39.

В юридической литературе «подчеркивается безусловная необходимость признания, или *opinio juris*, для создания обычной нормы международного права»;

– «признание или принятие государством того или иного обычного правила в качестве нормы права обозначает выражение воли государства», согласие государства рассматривать такое обычное правило, обычную практику «как норму международного права»;

– «существо процесса создания норм международного права путем обычая состоит в соглашении между государствами, которое в данном случае является молчаливым, а не явно выраженным, как в договоре»;

– сфера действия «обычной нормы международного права может постепенно расширяться, и, как правило, именно таким путем обычные нормы международного права становятся общепризнанными»⁴³.

То, что *opinio juris* проявляется в практике, а практика развивается под влиянием *opinio juris*, отмечено и в зарубежной юридической литературе:

«Поскольку *opinio juris* – это лишь умозаключение, то его, как вполне очевидно, трудно присвоить ... государству; в любом случае *opinio juris* должно вытекать из заявлений и действий государства, в частности из тех действий, которые, как предполагают, составляют «практический» элемент обычая⁴⁴. В литературе отмечается «двойкий характер государственной практики: одно государство утверждает свое право открыто или действует таким образом, который подразумевает такое утверждение; а государство или государства, которых эти действия затрагивают, реагируют на это, заявляя возражения или воздерживаясь от возражений». Такая «интерактивная практика» подкрепляет тезис о создании обычной нормы, поддерживающей указанную претензию, если протесты последовательно не поддерживаются; или исключаящей ее, если протесты последовательно поддерживаются⁴⁵. Значение *opinio juris*, как принято считать, предметно подчеркнула еще *Постоянная палата международного правосудия* в деле о судне «Лотус» (1927 г.). В этом деле Палата не согласилась с Францией, утверждавшей, что отсутствие иной практики государств уже означает согласие

⁴³ Тункин Г.И. Теория международного права. М., 1970. С. 130–142. Подчеркнем: автор считает не все обычные нормы международного права общепризнанными, а только такие, сфера действия которых широкая.

⁴⁴ Thirlway H. The Sources of International Law // International Law. Second Edition. Ed. M.D. Evans. Oxford University Press. Oxford – New York. 2006. P. 122.

⁴⁵ Ibid. P. 123.

государств с соответствующим поведением и наличие соответствующего международного обычая. Палата отметила, что только в том случае, если отсутствие такой иной практики «обусловлено осознанием государствами обязанности не следовать такой практике, можно говорить о международном обычае»⁴⁶.

Итак, схематично, *opinio juris* – как «субъективное» требование – суть осознание того, что данная общая практика государств соответствует праву. Если практические действия обусловлены иным мотивом, не таким осознанием, они не свидетельствуют о формировании обычая. Это подтверждено решением Международного суда по делу *о континентальном шельфе Северного моря*: Суд, рассматривая вопрос о том, стала ли норма о делимитации шельфа по равному отстоянию, заложенная в Конвенции о континентальном шельфе 1958 г., нормой обычного права, отметил, что свидетельства в пользу соответствующей практики государств есть: в ряде случаев делимитация шельфа действительно осуществлена по равному отстоянию государствами – участниками этой Конвенции. Как определил Суд, «эти государства предположительно действовали в соответствии с Конвенцией», но на основании их действий нельзя делать «вывод о том, что они считали применимой обязательную норму международного обычного права»⁴⁷.

Отмечены и случаи, когда некоторые государства реально не могут участвовать в «общей практике»: таково поведение государств, не имеющих выхода к морю, в связи с формированием обычной нормы международного права о делимитации прибрежных морских пространств. «У таких государств может быть свое мнение относительно существования такой нормы, однако оно не может быть подкреплено практическими действиями». Их вклад в «общую практику» состоит в ином, а именно в таком *поведении*, которое отражает *терпимость* по отношению к *практике непосредственно заинтересованных* (в данном случае – прибрежных) *государств*. Вероятно, с учетом подобных соображений Международный суд при оценке нормотворческого значения практики государств в деле *о континентальном шельфе Северного моря* подчеркнул значимость участия в такой практике именно тех государств, интересы которых *«особо затронуты»*⁴⁸.

⁴⁶ PCIJ, Series A, № 10, 1927. P. 28.

⁴⁷ North Sea Continental Shelf, Judgment. ICJ Reports, 1969, para 76. P. 45.

⁴⁸ Ibid.

Согласно мнению, высказанному еще в 1965 г., международный обычай мог быть выявлен не только из практических действий государств, но и из положений резолюций Генеральной Ассамблеи, поскольку такие резолюции, дескать, отражают одновременно и доказательство общей практики государств, и *opinio juris*. Вместе с тем высказано мнение о том, что эта концепция была отвергнута Международным судом в деле по спору между США и Никарагуа⁴⁹, а также в его консультативном заключении⁵⁰, поскольку в этих документах резолюции Генеральной Ассамблеи рассматривались как доказательство наличия *opinio juris*, но не как свидетельство общей практики государств⁵¹. Здесь, как представляется, требуется уточнение. Разумеется, если нет практики государств, нет и международного обычая. Но свидетельством наличия практики государств (а не только наличия *opinio juris*) вполне могут быть и резолюции Генеральной Ассамблеи ООН. И упомянутые документы Международного Суда ООН не препятствуют такому пониманию. Более того, сводить молчаливое согласие государств (*tacita consensus*) только ко второму элементу международного обычая, а именно к *opinio juris*, неправильно методологически. Выше уже говорилось о взаимообусловленности, взаимопроникновении обоих элементов в процессе формирования международного обычая. *Tacita consensus* лежит в основе всего международного обычая, а не одной его составляющей.

Убежденность государств в правомерности соответствующей практики, ее юридической необходимости (*opinio juris sive necessitates*) как понятие обозначена в ряде международных судебных решений и в иных терминах: например, в решении Международного суда о континентальном шельфе Северного моря (1969 г.) говорится о наличии общего «признания существования правовой нормы или юридического обязательства»⁵², а в упомянутом решении Постоянной палаты международного правосудия по делу «Лотус» (1927 г.) — об «убежденности в наличии обязанности»⁵³. При этом обычно-правовые нормы

⁴⁹ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986. P. 14, para 184 and 188.

⁵⁰ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996. P. 226, para 73.

⁵¹ Thirlway H. Op. cit. P. 124.

⁵² Ibid.

⁵³ C.P.J.I. Ser. A. № 10. 1927. P. 28.

в понимании юридического обязательства неизменно отграничивались от правил вежливости, целесообразности, традиции⁵⁴.

Международный обычай и международные конвенции. Нормы международного обычного права, как и нормы договорного характера, выражая согласованное волеизъявление государств, юридически обязательны. Такое согласованное волеизъявление выступает основой обеспечения эффективности международного правопорядка, построенного на реализации верховенства права в международных отношениях. В цитированном 6-томном «Курсе международного права» напоминает, что «западные юристы ложно утверждали, будто бы Советский Союз признает только договорное международное право и отвергает обычай». Такой подход, как отмечено, объективно нацелен на то, чтобы лишить государство «тех прав, которые не нуждаются ни в каком договорном оформлении». Соответственно, подвергнут критике французский правовед, который «без всяких оснований утверждает, что якобы, согласно советской доктрине, международный обычай занимает подчиненное положение к двустороннему договору»⁵⁵. Наряду с отрицанием подчинения одного основного источника международного права (международного обычая) другому такому источнику (международному договору) в «Курсе» критикуется и построение обратной иерархии. Так, напоминает о том, что международный обычай считают *более значимым источником права, стоящим над международным договором*, некоторые авторы: Паллиери, Бодеван, Ссель, Кельзен, Гунгенхейм, Морелли. Делается вывод о том, что доводы таких авторов, «принижающих значение договорного международного права, ... юридически несостоятельны»⁵⁶.

И действительно, для построения соподчиненности между двумя основными источниками международного права – международными договорами и международным обычаем – нет оснований. Международное обычное право и международное договорное право и равнозначимы, и взаимосвязаны. В их *взаимодействии, взаимодополняемости* обеспечиваются *стержневые функции* международного права. И международные обычаи, и международные договоры должны выполняться добросовестно, разумно, с учетом прав участников конкретных

⁵⁴ Ibid. P. 44.

⁵⁵ Курс международного права в шести томах... Том I... С. 182–183.

⁵⁶ Там же. С. 185.

правоотношений, с должным уважением признанных интересов всего сообщества государств.

Отсутствие иерархии между международными обычаями и международными конвенциями как основными источниками международного права не умаляет *общенаправляющей роли именно международного обычного права*. Оно шире, в силу этого результативнее отражает в себе *основные принципы международного права*; концентрированно выражает некие *императивы поведения*: справедливость; добросовестность; недопустимость злоупотребления посредством *формального исполнения договорной нормы* (*sumum jus sumum injuria*); уважение к принятым обязательствам *erga omnes*, к тем, которые отражают взаиморазделяемые, наиболее общие *представления сообщества государств о должном миропорядке*. Л. Оппенгейм утверждал: «Обычай – более старинный и вместе с тем первоначальный источник права вообще и международного права в частности. По этой причине любой международный суд, хотя и должен в первую очередь считаться с имеющимися постановлениями договоров, обязательными для стороны, в случае сомнения будет толковать эти договоры, исходя из международного обычая. Этим объясняется тот факт, что Постоянная палата международного правосудия, на юрисдикцию которой почти повсеместно ссылались при толковании договоров, в широкой степени использовала обычай и сделала существенный вклад в дело развития обычного международного права»⁵⁷. В этом смысле международное обычное право устанавливает *критерии*, которым должны отвечать *и нормы договорного характера*. Тем самым обеспечивается целостность международного права как *системы, недопустимость* отступления от предписанных в ней *общепризнанных императивов* должного поведения. Международное обычное право нацелено на приведение *к единству* всей системы права (*reductio ad unum*). Вряд ли такой подход тождествен построению категоричной иерархии: «общее правосознание членов международного сообщества» превалирует над «правомочиями волеизъявительного плана конкретных государств»⁵⁸. Не о превалировании речь идет. Скорее, особое значение международного обычая

⁵⁷ Оппенгейм Л. Международное право / Перевод с 6-го английского издания, дополненного Г. Лаутерпахтом // Под ред. и с предисловием С.Б. Крылова. Том I, полутом 1. М., 1948. С. 45–46.

⁵⁸ Barile G. La structure de l'ordre juridique international // RCADI. 1978-3 la Haye, 1980. P. 25.

как основного источника международного права – в объективной востребованности тех *общих критериев должного уровня поведения, признаваемых в сообществе государств*, которые выше были отмечены. В их числе специально выделим нацеленность на *препятствование искажающему эффекту формального исполнения договорных норм в конкретных случаях*, когда такое исполнение ведет к явно несправедливому результату.

Несомненно и признаваемое значение международного обычая как особого фактора *правовой стабильности* в мире. А. Фердросс пишет, что «международное обычное право является обязательным также и для тех государств, которые в момент его возникновения еще не существовали»⁵⁹. Отмечено также, что создание обычных норм международного права «является динамичным процессом правотворчества и более важным, чем создание договоров, в силу универсального уровня применения обычных норм»⁶⁰.

Вклад Международного суда ООН в выявление международных обычаев. Вряд ли обоснованными представляются мнения некоторых ученых, сводящие роль Международного суда только к юридической *квалификации отношений* государств, к *констатации права* (И. Дженнингс, Р.А. Косгроув⁶¹) или только к *обеспечению правопорядка* (А.В. Дайси⁶²). Функция Суда комплексна, значима и для *решения конкретных споров*, и для *обеспечения функционирования* международного права. Как отмечал Г.И. Тункин, большинство отечественных «авторов придерживаются мнения, что решения Международного суда ... относятся к числу вспомогательных источников. Статья 38 Статута ... предусматривает, что Суд при рассмотрении переданных ему государствами дел должен действовать на основании международного права... Как часть международной практики, решения Международного суда могут привести к завершению процесса нормообразования путем признания их государствами и закрепиться в международном праве»⁶³. В учебнике «Международное право» под редакцией Г.В. Игнатенко

⁵⁹ Фердросс А. Международное право / перев. с немецкого яз. Ф.А. Кублицкого и Р.Л. Нарышкиной // Под ред. и с предисловием Г.И. Тункина. М. 1959. С. 155–156.

⁶⁰ D. Amato. Concept of Custom. P. 12 – Cit.: Show M.N. Op. cit. P. 73.

⁶¹ Jennings I. Law and the Constitution. London. 1959. P. 148; Cosgrove R.A. Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist. North Carolina, 1980. P. 89.

⁶² Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of Constitution. London. 1960. P. 183–206, 328–406.

⁶³ Тункин Г.И. Теория международного права. М., 1970. С. 207–208.

и О.И. Тиунова подчеркнуто, что судебные решения не являются источниками международного права, а названы в Статуте Международного суда ООН именно «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм...», т.е. ориентиром при толковании, но не средством (или формой) закрепления норм»⁶⁴. По мнению С.В. Черниченко, практика Международного суда «свидетельствует о том, что его решения основаны на договорных нормах и уже сложившихся обычаях. Однако степень конкретизации некоторых обычаев в его решениях настолько велика, что может дать толчок к образованию новых обычных норм либо впервые зафиксировать появление новой обычной нормы, являющейся, с одной стороны, элементом уже существующего международно-правового обычая, а с другой – самостоятельной нормы»⁶⁵. Отмечено также, что решения Международного суда ООН «служат важным источником развития науки и практики международного права, а в ряде случаев (при наличии соответствующих обстоятельств) – в качестве прецедентов при урегулировании аналогичных споров»⁶⁶. И.И. Лукашук отмечает, что решениям Международного суда ООН «придается первостепенное значение в толковании международно-правовых норм»⁶⁷. Н.Н. Полянский, напоминая о ст. 38 Статута Суда (согласно которой судебные решения отнесены к вспомогательным средствам для определения правовых норм) полагает, что Международный суд может ссылаться на такие решения «как на подтверждение существования той или другой нормы, содержащейся в одном из основных источников права или для уточнения ее содержания»⁶⁸. Ф.И. Кожевников и Г.В. Шармазанашвили напоминают, что, вопреки распространенному неправильному представлению об отрицательном отношении СССР «к признанию обязательной юрисдикции Международного суда», Советский Союз (а в настоящее время, в порядке континуитета, и Россия) является участником ряда международных договоров, в которых предусмотрено, что спор относительно их толкования или применения передается на разрешение в Международный

⁶⁴ Международное право: Учебник. Отв. ред. Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунов. М., 1998. С. 105.

⁶⁵ Черниченко С.В. Теория международного права. Т. 1. М., 1999. С. 24.

⁶⁶ Каламкарян Р.А. Поведение государств в Международном Суде ООН. М., 1999. С. 135.

⁶⁷ Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть. М., 1997. С. VI.

⁶⁸ Полянский Н.Н. Международный Суд. М., 1951. С. 128.

суд, если стороны не договорятся об ином способе урегулирования⁶⁹. В седьмом издании «Современного введения в международное право» М. Акехурста, подготовленном П. Малансзуком (Нидерланды), утверждается, что «судьи также могут создавать новое право. В этом плане особенно значим Международный суд. Многие его решения привнесли новшества в международное право, которые впоследствии получили общее признание (which have subsequently won general acceptance)... Наличествует очень значительная вероятность того, что Международный суд (и другие суды) будут следовать таким решениям в будущих делах, поскольку последовательность в правосудии есть самый очевидный способ предупредить обвинения в пристрастности (is the most obvious way of avoiding accusations of bias)». Предложено повысить роль решений Международного суда в ряду источников международного права, а не сводить ее «лишь к вспомогательному средству для определения права»⁷⁰. М. Шау утверждает, что решения и консультативные заключения Международного суда «сыграли жизненно важную (vital) роль в эволюции международного права»⁷¹. По мнению Я. Броунли, «ясная и последовательная судебная практика во всей ее совокупности будет оказывать большое влияние на международное право»⁷². В третьем издании курса «Дела и материалы по международному праву» М. Диксона и Р. МакКоркводаля отмечается, что «сам Суд часто использует свои решения в качестве источника решения в последующих делах (as authority in later cases)..., а такое дело, как дело о континентальном шельфе Северного моря ... показывает, насколько значителен может быть вклад Суда в развитие международного обычного права»⁷³. Суд, не будучи вправе отказаться вынести решение за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права (принцип “*non-liquet*”), стремится справедливо решить любой спор *даже при отсутствии относящейся к делу договорной нормы, а именно на основе обычного международного права*. Тем самым поддерживается само предназначение международного права, его верховенст-

⁶⁹ Кожевников Ф.И., Шармазанашвили Г.В. Международный Суд ООН. М., 1971. С. 40–41.

⁷⁰ P. Malanczuk. Akehurst's Modern Introduction to International Law. Seventh Revised Edition. Routledge, 2003. P. 51.

⁷¹ M.N. Shaw. International Law. Fourth Edition. Cambridge University Press, 1997. P. 776.

⁷² Я. Броунли. Международное право. Книга первая. Перев. с англ. М., 1977. С. 47.

⁷³ M. Dixon and R. Mc Corquodale. Cases and Materials on International Law. Blackstone Press Limited. Third Edition. London, 2000. P. 51.

во. Базовые постулаты о должном поведении государств Суд включает в *реальные рамки регулирования современных международных отношений*; соответственно верховенство права проявляется не только как доктринальное утверждение о достижении чего-то *предполагаемого*, соответственно *ex hypothesi*; такое верховенство выступает как *фактический межгосударственный механизм*, объективно отражающий позитивную динамику состояния миропорядка. Международный суд становится востребованным, привычным местом разрешения споров между государствами, нормальным средством перевода возникшего спора в четкое русло упорядоченных на основе права взаимоотношений государств. Каждое новое решение Суда предлагает не только правомерное устранение данного спора как такового, но и обогащение юридического арсенала для предупреждения или справедливого урегулирования будущих споров, прежде всего посредством выявления, формулирования обычных норм международного права. Цитированные выше констатации Международного суда сами по себе свидетельствуют о его вкладе в развитие международного обычного права.

Выводы. В результате согласованного волеизъявления государств создаются нормы *договорного и обычного характера*. Сами государства соглашаются считать такие нормы поведения *обязательными*. Это первоначально данное согласие, проявившее себя в соответствующей *практике* государств, выступает неким гарантом последующего добросовестного выполнения норм прогрессивно развивающегося международного права, обеспечения эффективности международного правопорядка, соответствия ему политики государств. Современная роль международного обычая состоит в том, что он продолжает оставаться *основным, наряду с международными конвенциями, источником международного права*. Во *взаимодействии, взаимодополняемости* этих двух основных источников международного права обеспечиваются его стержневые функции. В современном международном праве *нет оснований для построения соподчиненности между этими источниками международного права*. Они равнозначимы, взаимосвязаны, что не умаляет, однако, *общенаправляющей роли именно международного обычного права*. Оно шире, в силу этого результативнее отражает в себе *основные принципы международного права*; концентрированно выражает некие *императивы поведения*: справедливость; добросовестность; недопустимость злоупотребления посредством *формального исполнения договорной нормы*; уважение к принятым

обязательствам *erga omnes*. При этом действенность международно-правовых норм обеспечивается общей заинтересованностью всех государств – членов международного сообщества в соблюдении таких норм, ими созданных. Эффективность международного обычного права обеспечивается последовательным выполнением его норм; добросовестность выполнения является и обязательством государств, и критерием должного их поведения.

Интересам России (как и любого иного государства, реально заинтересованного в верховенстве международного права) не отвечает исключение международного обычая из международно-правовых основ защиты ее национальных интересов и тем самым обеднение таких основ.

Библиографический список

Броунли Я. Международное право. Книга первая. Перев. с англ. М. 1977.

Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Международные отношения. 1970.

Кожевников Ф.И. Учебное пособие по международному публичному праву. Выпуск I. История и понятие международного права. М.: Юриздат НКЮ СССР. 1954.

Курс международного права в шести томах. Гл. редакция: Ф.И. Кожевников, В.М. Корецкий и др. Том 1. М. 1967.

Кожевников Ф. И., Шармазанов Г. В. Международный Суд ООН. М. 1971.

Современные международные отношения и мировая политика. Отв. ред. А.В. Торкунов. М. 2005.

Международное право и национальные интересы Российской Федерации. Сборник статей. Отв. ред. А.А. Ковалев, Б.Л. Зимненко. М. 2008.

Вылегжанин А.Н. Уточнение пределов юрисдикции России в Арктике на основе общего международного права. // Международные суды: актуальные проблемы международного права. Межвузовский сборник научных трудов. 2(6) выпуск. Екатеринбург. 2010.

Полянский Н.Н. Международный Суд. М. 1951.

Каламарян Р. А. Поведение государств в Международном Суде ООН. М. 1999.

Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть. М.: 1997

Проблемы общей теории права и государства. Под общей ред. академика РАН В.С. Нарсеянца. М. 2001.

- Менжинский В.И., Даниленко Г.М. Процесс образования и действия международного обычного права.
- Международное право и международный правопорядок. Отв. ред. Н.А. Ушаков. М. 1981.
- Работа Комиссии международного права. Четвертое издание. Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк. 1989.
- Черниченко С.В. Теория международного права. Т. 1. М. 1999.
- Черниченко С.В. Теория международного права. Т. II. М. 1999.
- Ушаков Н.А. Международное право. М. 2000.
- Международное право / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М. 2002.
- Менжинский В.И., Даниленко Г.М. Процесс образования и действия международного обычного права. / Международное право и международный правопорядок. // Отв. ред. Н.А. Ушаков. М. 1981.
- Оппенгейм Л. Международное право / Перевод с 6 английского издания, дополненного Г. Лаутерпахтом // Под ред. и с предисловием С.Б. Крылова. Том I, полутом 1. М. 1948.
- Attar F. Droit International Entre Order et Chaos. 1994.
- Malanczuk P. Akehurst's Modern Introduction to International Law. Seventh Revised Edition. Routledge. London and New York. 2003.
- PCIJ, Series A. № 10. 1927.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion. ICJ Reports 1996.
- Bariele G. La Structure de L'ordre Juridique International// RCADI. 1978-3 la Haye. 1980.
- Фердросс А. Международное право / перев. с немецкого яз. Ф.А. Кублицкого и Р.Л. Нарышкиной // Под ред. и с предисловием Г.И. Тункина. М. 1959.
- Jennings I. Law and the Constitution. London. 1959.
- Cosgrove R.A. Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist. North Carolina, 1980.
- Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of Constitution. London, 1960.
- Yearbook of the International Law Commission. 1950. Vol. II.
- Malanczuk P. Akehurst's Modern Introduction to International Law. Seventh Revised Edition. Routledge. 2003.
- M. Dixon and R. Mc Corquodale. Cases and Materials on International Law. Blackstone Press Limited. Third Edition. London. 2000.

Shaw M.N. International Law. Fourth Edition. Cambridge University Press. 1997.

Show M.N. International Law. Sixth edition. Cambridge University Press. 2008.

North Sea Continental Shelf Cases. Judgment. ICJ Reports 1969.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta). Judgment. ICJ Reports 1985.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits. Judgment. ICJ Reports 1986.

Thirlway H. The Sources of International Law. // Principles of International Law. Second Edition. Ed. M.D. Evans. Oxford University Press. Oxford. New York. 2006.

Daillier P. Droit international public. 8 edition. Paris. 2009.

The Role of International Custom in the Contemporary International Law (Summary)

Alexandr N. Vylegzhanin^{*}

Ruben A. Kalamkaryan^{**}

The article depicts the contemporary role of international custom in the current international law, as a theoretical interpretation of art. 38 of the Statute of the International Court of Justice.

Keywords: International custom; a general practice; accepted as law; sources of international law; International Court of Justice.

^{*} Alexandr N. Vylegzhanin – Doctor of Laws, professor; head of the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia.

^{**} Ruben A. Kalamkaryan – Doctor of Laws, professor; leading research fellow of the Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences.

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Международный Комитет Красного Креста и социально-экономические права человека

*Саяпин С.В.**

На протяжении значительного периода своей истории Международный Комитет Красного Креста (МККК) традиционно воздерживался от обращения к международному праву прав человека по причине того, что это право часто считают политизированным. Однако меняющийся характер вооруженных конфликтов и иных ситуаций насилия, в которых МККК осуществляет свою гуманитарную деятельность, побудил организацию обратиться – в ограниченном объеме – к определенным нормам международного права прав человека (МППЧ), чтобы повысить уровень защиты, предоставляемой МККК. Данная статья посвящена нормам международного права о социальных и экономических правах человека, к которым МККК может обращаться в своей

* Саяпин Сергей Вячеславович – докторант кафедры германского и международного уголовного права, уголовного процесса и современной юридической истории Берлинского университета имени Гумбольдта. Он также является Ответственным за программу для академических кругов в Региональном представительстве Международного Комитета Красного Креста (МККК) в Центральной Азии.

Автор предпринял максимальные усилия для того, чтобы соблюсти предельную точность при толковании документов МККК. Однако взгляды и идеи, изложенные в данной статье по рассматриваемым в ней вопросам, необязательно отражают официальную позицию МККК как организации. Автор выражает признательность Татьяне-Марии Комерзан, переводчику Регионального информационного центра МККК (Москва), за содействие в работе над рукописью настоящей статьи. sergey.sayapin@yahoo.com.

гуманитарной деятельности, а также порядку применения этих норм в практике МККК.

Ключевые слова: вербовка детей в вооруженные силы; международное гуманитарное право (МГП); международное право прав человека (МППЧ); Международный Комитет Красного Креста (МККК); рабство; права семьи; право на имущество; право на образование; принудительный труд.

1. Введение

Наряду с личными правами, большинство из которых относится к «неизменному ядру» прав человека и которым посвящена наша статья, опубликованная в № 1 *Московского журнала международного права* за 2012 год, Международный Комитет Красного Креста (МККК) также может при осуществлении своей гуманитарной деятельности обращаться к источникам международного права, в которых сформулированы отдельные социальные и экономические права личности. В настоящей статье рассматривается подход МККК к данной категории прав человека в соответствии с его доктриной Doctrine DOCT/63–2006/1: “The Invocation of International Human Rights Law by the International Committee of the Red Cross” («Обращение МККК к нормам международного права прав человека»).

2. Рабство/принудительный труд

Рабство и принудительный труд запрещены международным правом прав человека (МППЧ)¹. Во всех основных системах защиты прав человека запрещение рабства является неотъемлемым правом человека, действие которого не может быть приостановлено ни при каких обстоятельствах, даже при чрезвычайной ситуации в государстве². В свою очередь, международное гуманитарное право (МГП) непосредственно соприкасается с запретом на рабство и принудительный труд, как минимум, в двух ситуациях – это i) труд военнопленных и гражданских лиц и ii) преступление сексуального рабства.

¹ Ст. 4 Всеобщей декларации прав человека (ВДПЧ) (1948 г.); ст. 8 (1) и 8 (3) (а) Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) (1966 г.); ст. 4 (1) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) (1950 г.); ст. 6 Американской конвенции о правах человека (Пакт Сан-Хосе, Коста-Рика); ст. 5 Африканской хартии прав человека и народов (1981 г.).

² Ст. 4(2) МПГПП; ст. 15(2) ЕКПЧ; ст. 27(2) Американской конвенции.

Четко выраженный запрет рабства как положение национального законодательства США содержался уже в Кодексе Либера³. Впоследствии запрет на принуждение населения оккупированных территорий к присяге верности неприятельской державе был включен в Гагское положение⁴, а нормы, относящиеся к труду военнопленных и гражданских лиц, их освобождению и репатриации после прекращения военных действий, были включены в соответствующие Женевские конвенции, с тем чтобы утвердить запрет на рабство в международном праве⁵. Позднее «рабство и работорговля во всех их формах» были запрещены также ДП II к Женевским конвенциям – этот запрет квалифицировался как основополагающая гарантия для гражданских лиц и лиц, выведенных из строя⁶. Эти нормы также нашли подтверждение в Уставах и практике Нюрнбергского и Токийского трибуналов⁷, в Статуте МУС и Уставах МТБЮ и МУТР⁸.

Право международных вооруженных конфликтов достаточно детально регулирует труд военнопленных и гражданских лиц. Так, в Третьей Женевской конвенции сказано, что «державая в плену держава может использовать трудоспособных военнопленных в качестве рабочей силы с учетом их возраста, пола, звания, а также физических способностей, в частности, для того, чтобы поддерживать их в хорошем физическом и моральном состоянии»⁹. Далее в Конвенции перечисляются работы, к которым военнопленных разрешается привлекать в принудительном порядке, «кроме работ по управлению, оборудованию и содержанию в порядке своего лагеря»¹⁰. Этот список основан на более общем положении Женевской конвенции об обращении с военнопленными 1929 года, согласно которому «работы, выполняемые военнопленными, не должны иметь никакого отношения к военным действиям»¹¹. Кроме того, в Третьей Женевской конвенции указано, что: «ни один военнопленный не может быть использован на работах,

³ См. ст. 23, 42 и 58 Кодекса Либера.

⁴ Ст. 45 Гагского положения

⁵ Ст. 49-68 и 109-19 ЖК III; ст. 40, 51 и 52, ст. 95 и 96; ст. 132-5 ЖК III.

⁶ Ст. 2, пункт 2, подпункт f ДП II.

⁷ Ст. 6 Устава МВТ; ст. 5 (с) Устава Международного военного трибунала для Дальнего Востока

⁸ Ст. 5 (с) Устава МТБЮ; ст. 3 (с) Устава МУТР; ст. 7 (1) (с) Статута МУС.

⁹ Ст. 49 ЖК III.

¹⁰ Ст. 50 ЖК III.

¹¹ Ст. 31 ЖК об обращении с военнопленными 1929 г., (<http://ru.wikisource.org/wiki/1929>).

угрожающих здоровью или опасных, если он не соглашается на это добровольно. Ни один военнопленный не будет использован на работах, расцениваемых как унижительные для военнослужащего державшей в плену державы. Удаление мин или других подобных снарядов будет рассматриваться как опасная работа»¹².

В последующих статьях Конвенции изложены нормы, касающиеся условий труда, его продолжительности, вознаграждения за него, несчастных случаев на работе и медицинских осмотров¹³.

В соответствии с положениями Четвертой Женевской конвенции и принципом проведения различия, гражданские лица могут быть принуждены к труду, но только при соблюдении четко сформулированных условий – при этом исключается работа, «имеющ[ая] непосредственно[е] отношени[е] к ведению военных действий» или работа, «которая вынуждала бы их принимать участие в военных операциях». Работа «будет... оплачиваться»¹⁴. В Конвенции также указывается, что интернированные гражданские лица могут привлекаться к работе «только если они этого хотят» и что их работа должна оплачиваться¹⁵.

Что касается ДП II, в нем содержится положение о том, что в условиях немеждународных вооруженных конфликтов лица, лишенные свободы по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, «в случае привлечения к работе ... обеспечиваются условиями труда и защитой, аналогичными тем, которые предоставляют местному гражданскому населению»¹⁶. Более детальное регулирование работы таких лиц содержится в национальном трудовом законодательстве и уголовно-исправительном праве.

Преступление сексуального рабства заслуживает отдельного упоминания в силу сложности своей природы. Как заявил Специальный докладчик по вопросам борьбы с систематическими изнасилованиями, сексуальным рабством и практикой, сходной с рабством, сексуальное рабство является настолько серьезным преступлением, что оно нарушает норму *jus cogens* (императивную норму международного права), запрещающую рабство¹⁷. Более того, в Статуте МУС сексуальное рабство

¹² Ст. 52 ЖК III.

¹³ Ст. 51 и 53-55 ЖК III.

¹⁴ Ст. 40 и 51 ЖК IV.

¹⁵ Ст. 95 ЖК III.

¹⁶ Ст. 5 пункт 1 подпункт е ДП II.

¹⁷ 'Contemporary forms of slavery: Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict', Final report submitted by Gay J McDougall, Special Rapporteur,

было признано военным преступлением как при международных, так и при немеждународных вооруженных конфликтах¹⁸. Элементы этого военного преступления были сформулированы таким образом, что элемент осуществления исполнителем права собственника в отношении лица («Исполнитель осуществлял любое или все правомочия собственника в отношении одного или нескольких лиц, например путем приобретения, продажи, предоставления в пользование, обмена такого лица или лиц либо путем аналогичного лишения их свободы») сочетается с элементом принуждения этого лица или лиц к «совершени[ю] одного или нескольких актов сексуального характера». Что касается первого элемента, то в документе «Элементы преступлений» МУС также указывается: «Имеется в виду, что такое лишение свободы может в некоторых обстоятельствах включать привлечение к принудительному труду или иное обращение лица в подневольное состояние, как это определяется в Дополнительной конвенции 1956 года об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев, сходных с рабством. Имеется в виду также, что деяние, описанное в данном элементе, включает торговлю людьми, в частности женщинами и детьми»¹⁹. По-видимому, МККК мог бы использовать – там, где это представляется возможным – сочетание ряда аргументов, приведенных выше, в своей деятельности по предотвращению сексуального рабства, а также для повышения уровня защиты и последующей реабилитации жертв такого рабства.

3. Вербовка детей в вооруженные силы и нарушение доступа к образованию

Вооруженные конфликты представляют прямую и опосредованную угрозу жизни, физическому и психическому здоровью детей. Сотни тысяч детей вербуются в вооруженные группы для участия в военных конфликтах, а также используются в условиях вооруженных конфликтов в качестве поваров, носильщиков, лазутчиков или сексуальных рабов. В силу

22 June 1998, E/CN.4/Sub. 2/1998/13. Обзор деятельности Международного женского трибунала по расследованию преступлений сексуального рабства, совершенных военнослужащими ВС Японии во время Второй мировой войны (Women's International War Crimes Tribunal on Japan's Military Sexual Slavery) см. Women's Caucus for Gender Justice, Public Hearing on Crimes from Recent Wars and Conflict Regions, 8-12 December 2000, see: <http://iccwomen.addr.com/tokyo/index.htm>.

¹⁸ Ст. 8 (2) (b) (xxii) и 8 (2) (e) (vi) Статута МУС.

¹⁹ См. также определение военного преступления обращения в сексуальное рабство в ст. 8 (2) (b) (xxii), (см. также примечание 53 к «Элементам преступлений») и ст. 8 (2) (e) (vi) (см. также примечание 65 к «Элементам преступлений»).

своей природной любознательности и стремления выглядеть «взрослыми» и вести себя как «взрослые», а также обычно более притупленного чувства страха по сравнению со взрослыми, дети являются довольно хорошими бойцами. Они также являются надежными членами группы, если она предоставляет им защиту и дает чувство относительной безопасности. Как следствие дети часто лишаются жизни, получают физические и психические травмы, им недоступно образование, они не имеют возможности играть – иными словами, они лишаются самого детства.

Позиция МККК по этому вопросу основана на применимом международном праве и резолюциях Международных конференций Красного Креста и Красного Полумесяца. Согласно положениям Конвенции о правах ребенка (КПР) 1989 г., «ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигает совершеннолетия ранее»²⁰. ЖК и ДП устанавливают специальный режим защиты для детей, затронутых как международными, так и немеждународными вооруженными конфликтами, а также разный возрастной минимум, который предусматривается различными мерами по защите²¹. Этот режим в достаточной степени рассматривается в доктрине, поэтому в данной статье освещаться не будет. Что касается запрета на вербовку детей в вооруженные силы или вооруженные группы, эта норма признана нормой обычного международного права, применимой как при международных, так и при

²⁰ Ст. I КПР.

²¹ Восемнадцать лет – возрастной минимум для привлечения к принудительным работам на оккупированных территориях (ст. 51 ЖК IV); вынесения смертного приговора (ст. 68 ЖК IV); приведения в исполнение смертного приговора (ст. 77 ДП I); вынесения смертного приговора (ст. 6 ДП II); пятнадцать лет – на детей моложе этого возраста распространяются защитные меры, предусматривающие, чтобы дети, осиротевшие или разлученные со своими семьями вследствие войны, не были предоставлены самим себе (ст. 24 ЖК IV); дети, моложе этого возраста, являющиеся иностранцами, пользуются такими же преимуществами, что и дети, являющиеся гражданами заинтересованного государства (ст. 38 ЖК IV); на детей моложе этого возраста распространяются преференциальные меры в отношении питания, медицинского ухода и защиты от действия войны, которые могли быть приняты до оккупации (ст. 50 ЖК IV); дети моложе этого возраста имеют право на дополнительное питание в соответствии с их физиологическими потребностями (ст. 89 ЖК IV); дети моложе этого возраста не подлежат вербовке в вооруженные силы и не могут принимать участия в вооруженных конфликтах (ст. 77 ДП I и ст. 4 ДП II); двенадцать лет – предписывается предпринимать усилия для того, чтобы личность всех детей моложе этого возраста могла быть установлена путем ношения опознавательного медальона или любым другим способом (ст. 24 ЖК IV).

немеждународных вооруженных конфликтах²². МГП преследует цель сократить число случаев вербовки детей в вооруженные силы, предусматривая уголовную ответственность за тех, кто осуществляет подобную вербовку, с одной стороны, и регулируя возраст вербовки в вооруженные силы. Кроме договоров МГП, подобный запрет содержат КПР, Африканская хартия о правах и благосостоянии ребенка (1990 г.); статьи 1 и 3 Конвенции о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда²³. По Статуту МУС «набор или вербовка детей» в состав вооруженных сил или групп является военным преступлением как при международных, так и при немеждународных вооруженных конфликтах²⁴. Это военное преступление было также включено в Устав Специального суда по Сьерра-Леоне²⁵. В своем докладе об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне Генеральный секретарь ООН Кофи Аннан отметил, что статья 4 ДП II уже давно рассматривается как часть обычного международного права²⁶.

Хотя на сегодняшний момент еще не существует единообразной практики государств в том, что касается минимального возраста, при котором допускается вербовка, сложилось общее мнение, что он должен быть не меньше 15 лет²⁷. Как указано в исследовании МККК «Обычное международное гуманитарное право», при ратификации КПР Испания, Колумбия, Нидерланды и Уругвай выразили несогласие с минимальным возрастом, установленным Конвенцией для вербовки детей. При этом Колумбия и Уругвай предложили повысить до 18 лет минимальный возраст, установленный Конвенцией для вербовки детей. На XXVII Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца (1999 г.) представители Бельгии, Гвинеи, Дании, Исландии, Канады, Мексики, Норвегии, Таиланда, Уругвая, Финляндии, Швей-

²² Ст. 77 п. 2 ДП I; ст. 4 п. 3 пп. с ДП II. См. также Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. Норма 136 (запрет на вербовку детей в вооруженные силы или вооруженные группировки) и норма 137 (недопущение участия детей в военных действиях), с. 617-624).

²³ Ст. 38 (2) КПР; ст. 22 (2) Африканской хартии о правах и благосостоянии ребенка (1990 г.); ст. 1 и 3 Конвенции о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда [Конвенция 182] (http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/convention182.shtml)

²⁴ Ст. 8 (2) (b) (xxvi) и 8 (2) (e) (vii) Статута МУС.

²⁵ Ст. 4 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне (2002 г.)

²⁶ Доклад Генерального секретаря об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне (UN Doc. S/2000/915, 4 октября 2000 г.)

²⁷ Ст. 77, п. 2 ДП I; ст. 4, п. 3, пп. с ДП II; ст. 8 (2) (b) (xxvi) и 8 (2) (e) (vii) Статута МУС; ст. 4 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне; и ст. 38 (3) КПР.

царии, Швеции и ЮАР заявили о намерении своих стран увеличить минимальный возраст до 18 лет. На той же конференции представители Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца приняли решение продолжить усилия, направленные на то, чтобы в соответствии с Планом действий в интересах детей, затронутых вооруженным конфликтом (САВАС), добиваться запрета на вербовку детей моложе 18 лет²⁸.

В Факультативном протоколе к Конвенции о правах ребенка, касающемся участия детей в вооруженных конфликтах, от 25 мая 2000 г., который был разработан во исполнение вышеупомянутого Плана действий, указано, что государства должны обеспечивать, чтобы лица, не достигшие 18-летнего возраста, не подлежали обязательному призыву в их вооруженные силы, а вооруженные группы, отличные от вооруженных сил государства, ни при каких обстоятельствах не должны вербовать или использовать в военных действиях лиц, не достигших 18-летнего возраста²⁹. В соответствии с этими положениями в своем докладе о защите гражданских лиц в вооруженном конфликте Генеральный секретарь ООН озвучил требование к минимальному возрасту военнослужащих, задействованных в миротворческих операциях ООН, и попросил государства по возможности набирать в их состав военнослужащих не моложе 21 года и ни при каких обстоятельствах не набирать военнослужащих моложе 18 лет³⁰.

4. Нарушения прав семьи³¹

Обязательство воюющих сторон соблюдать права семьи³² гражданских лиц на оккупированных территориях было законодательно закре-

²⁸ Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. Норма 136, с. 617–620.

²⁹ Ст. 2 и 4 Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах от 25 мая 2000 г., (http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/rightschild_protocol1.shtml).

³⁰ Доклад Генерального секретаря о защите гражданских лиц в вооруженном конфликте S/2007/643 от 28 октября 2007 г.

³¹ Ввиду того, что объём этой статьи ограничен, в этом разделе будет освещена позиция МККК как организации лишь по вопросу запрета насильственных исчезновений, так как вопросы более общего характера, такие как обмен семейными новостями и ненадлежащие ограничения на воссоединение семей, уже фактически освещены выше. См. «Негуманные условия содержания под стражей и/или условия, не отвечающие международно признанным стандартам», с. 13.

³² В отношении определения «семьи» в замечании общего порядка 16 Комитета по правам человека (право на частную и семейную жизнь) сказано: «Что касается

плено уже в Кодексе Либера, Брюссельской декларации и Оксфордском руководстве³³. Позже оно было отражено и в Гаагском положении³⁴. В 1949 г. это обязательство было включено в Четвертую Женевскую конвенцию³⁵. Памятуя об ужасах Второй мировой войны, разработчики Конвенции сделали особый упор на то, что во всех случаях, когда это окажется возможным, интернированным семьям «должны быть также предоставлены необходимые возможности для того, чтобы вести семейную жизнь»³⁶. На основании этих общих норм позднее были разработаны более конкретные нормы, применяющиеся в условиях не-международных вооруженных конфликтов³⁷.

По МППЧ, семья пользуется защитой как «естественн[ая] и основн[ая] ячейка общества», именно такая трактовка содержится в МПГПП, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП) 1966 г. и трех основных региональных конвенциях о правах человека³⁸. Согласно Американской конвенции о правах человека, отступления от норм, предусматривающих защиту семьи, не допускаются³⁹. Столь же серьезные нормы, обеспечивающие защиту прав семьи, содержатся в других соответствующих договорах в области прав человека⁴⁰.

В соответствии с применимым международным правом МККК выражает решительное намерение продолжать сотрудничество со своими партнерами по Международному движению Красного Креста

термина «семья», то назначение Пакта требует, чтобы для целей статьи 17 это понятие толковалось широко и охватывало всех тех, кто входит в состав семьи, как она понимается в обществе соответствующего государства-участника.» (http://www.csip.kg/int_docs/ICCPR_ZamObPor.pdf).

³³ Ст. 37 Кодекс Либера; ст. 38 Брюссельской декларации; ст. 48 Оксфордского руководства (см. примечание 70).

³⁴ Ст. 46 Гаагского положения.

³⁵ Ст. 27 ч. 1 ЖК IV.

³⁶ Ст. 82 ч. 3 ЖК IV.

³⁷ Ст. 4 (3) (b) ДП II (воссоединение временно разлученных семей); ст. 5 (2)) (a) ДП II (размещение мужчин и женщин, являющихся членами одной и той же семьи, при интернировании или задержании); ст. 37 (b) КПП (содержание детей вместе с родителями во время лишения свободы).

³⁸ Ст. 23 (1) МПГПП; ст. 10 (1) МПЭСКП; ст. 8 ЕКПЧ; ст. 17 (1) Американской конвенции о правах человека; ст. 15 (1) Сан-Сальвадорского протокола 1988 г.; ст. 18 Африканской хартии.

³⁹ Ст. 17 и 27 (2) Американской конвенции.

⁴⁰ См. ст. 16 (3) ВДПЧ; ст. 6 Американской декларации прав и обязанностей человека 1948 г.; ст. 5 (b) Каирской декларации.

и Красного Полумесяца, направленное на воссоединение членов семей, разлученных в результате вооруженных конфликтов и иных ситуаций насилия⁴¹. Распространенным нарушением в условиях вооруженных конфликтов и иных ситуаций насилия является такое преступление, как насильственное исчезновение, которое МККК рассматривает как преступление, нарушающее положения международного права, и прилагает усилия для того, чтобы по возможности предотвратить их.

Насильственные исчезновения являются сложным нарушением прав человека, запрещение которого было сформулировано международными правозащитными органами⁴². В соответствии со статьей 2 Конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений 2006 г., «для целей настоящей Конвенции насильственным исчезновением считается арест, задержание, похищение или лишение свободы в любой другой форме представителями государства или же лицами или группами лиц, действующими с разрешения, при поддержке или с согласия государства, при последующем отказе признать факт лишения свободы или сокрытии данных о судьбе или местонахождении исчезнувшего лица, вследствие чего это лицо оставлено без защиты закона»⁴³. Согласно статье 5 Конвенции насильственные исчезновения являются преступлением, а в некоторых случаях, определенных международным правом, квалифицируются как преступление против человечности⁴⁴.

Примечательно, что 1 ноября 2006 г., за месяц с небольшим до принятия Конвенции Генеральной Ассамблеей ООН, МККК выступил с официальным заявлением, где использовались формулировки,

⁴¹ Более подробно этот вопрос освещается в Стратегии восстановления семейных связей (и плане по ее имплементации) Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца на 2008-2018 гг.; Центральное агентство по розыску по согласованию с национальными обществами и Международной Федерацией обществ Красного Креста и Красного Полумесяца (Женева, август 2007 г.) <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/council-delegates-2007-family-links-151007>.

⁴² См, например, Velasquez Rodriguez Case, IACtHR, Series C No 4 (1988) at paras 149-58 and 181-7; Timurtas v Turkey, 2000-VI; 33 EHRR 121 at paras 81-106.

⁴³ Принята Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 61/77 от 20 декабря 2006 г. (http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disappearance.shtml).

⁴⁴ Статья 5 Конвенции для защиты от насильственных исчезновений гласит: «Широко распространенная или систематическая практика насильственных исчезновений является преступлением против человечности, как оно определяется в применимом международном праве, и влечет за собой последствия, предусмотренные таким применимым международным правом».

которые обычно не являются типичными для организации – в нем рассматривалась взаимосвязь между «правами» лиц, лишенных свободы, и их семей, и соответствующими обязательствами государств по МППЧ и МГП. В частности, понятие «прав» было упомянуто четыре раза в пяти вступительных абзацах этого довольно лаконичного выступления.

Это заявление было столь беспрецедентным и эмоциональным, что автор не может не привести ниже довольно обширные выдержки из него⁴⁵:

«МККК глубоко обеспокоен судьбой лиц, которые стали жертвами насильственных исчезновений. Этих людей похищают, удерживают под стражей, а порой и убивают, а их близкие пребывают в неведении относительно постигшей их участи.

Практика насильственных исчезновений является нарушением международного права прав человека, а во время войны нарушает международное гуманитарное право. Эта практика отрицает само существование человека и лишает его элементарной правовой защиты, на которую имеет право любой человек, виновный или невиновный. Она нарушает права самого человека и права его семьи. Вред, причиняемый тем, чей близкий человек пропал без вести, тем, кто продолжает вопреки всему надеяться, является обширным и долгосрочным – страдают не только отдельные люди, но и целые сообщества. Время не облегчает страдания и не смягчает гнев, которые они испытывают.

Запрет на насильственные исчезновения, подобно всем нормам гуманитарного права, не терпит исключений. Никакая война, никакая чрезвычайная ситуация, никакие настоятельные соображения государственной безопасности не могут оправдать насильственные исчезновения⁴⁶. Подобно тому, как ни одно государство, группа или лицо не стоит выше закона, ни один человек не может быть поставлен вне закона⁴⁷: насильственные же исчезновения преследуют именно эту цель.

⁴⁵ ‘Concerning the draft International Convention on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance’, United Nations, General Assembly, 61st session, Third Committee, item 68 of the agenda, Statement by the ICRC, New York, 1 November 2006, available at: <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/united-nations-statement-011106?opendocument>.

⁴⁶ Ст. 1 (2) Конвенции для защиты от насильственных исчезновений.

⁴⁷ В ст. 16 МППЧП право каждого человека на признание его правосубъектности обозначено как одно из неотъемлемых прав человека.

Именно поэтому Конвенция столь важна. Она является первым международным договором, в котором содержится явный запрет на действия, приводящие к насильственным исчезновениям. В Конвенции содержатся требования к государствам содержать всех лиц, лишенных свободы, в официально признанных местах содержания под стражей, вести и обновлять официальные списки и подробные досье всех лиц, содержащихся под стражей, позволять содержащимся под стражей лицам поддерживать контакт со своими семьями и адвокатами, а также предоставлять компетентным властям возможность посещать содержащихся под стражей лиц. Все эти обязательства играют ключевую роль в деле предотвращения насильственных исчезновений.

В Конвенции также прописано право родственников пропавших без вести лиц знать об их судьбе, оно является одной из основ, на которую должны опираться все нормы, касающиеся защиты пропавших без вести лиц. Кроме того, в Конвенции содержится требование к государствам включить преступную практику насильственных исчезновений в список деяний, квалифицирующихся как преступные по их национальному законодательству⁴⁸, расследовать случаи исчезновений⁴⁹ и соответствующим образом наказывать тех, кто в них виновен⁵⁰. Если о насильственных исчезновениях будет умалчиваться, а виновные в них не будут наказаны, память о пропавших без вести будет неотступно преследовать членов общества, в котором подобные деяния скрываются».

Обозначив основные обязательства государств по Конвенции, представитель МККК приступил к описанию деятельности самой организации в пользу лиц, содержащихся под стражей, пропавших без вести лиц и их родственников:

«Со своей стороны, Международный Комитет Красного Креста неустанно трудится над тем, чтобы предотвращать насильственные исчезновения. С точки зрения МККК, лучшей профилактикой исчезновений людей в вооруженных конфликтах служат регулярные посещения содержащихся под стражей лиц, а также деятельность, направленная на восстановление семейных связей и способствующая

⁴⁸ Ст. 4 Конвенции для защиты от насильственных исчезновений.

⁴⁹ Ст.3 Конвенции для защиты от насильственных исчезновений.

⁵⁰ По смыслу ст. 6 Конвенции для защиты от насильственных исчезновений, лицом, виновным в преступлении насильственного исчезновения, считается любое лицо, которое совершает акт насильственного исчезновения, приказывает, подстрекает или побуждает его совершить, покушается на его совершение, является его пособником или участвует в нем, а также начальники или военные командиры такого лица/таких лиц.

их поддержанию. В прошлом году делегаты МККК посетили более 500 тыс. заключенных, или около 2600 мест содержания под стражей в 76 странах мира. Делегаты МККК также провели повторное посещение более 46 тыс. содержащихся под стражей лиц, которые были зарегистрированы ранее, а также способствовали обмену приблизительно 100 тыс. личных посланий между содержащимися под стражей лицами и их родственниками. Регистрация лиц, лишенных свободы, проводимая МККК, способствует предотвращению исчезновений и дает организации возможность следить за судьбой содержащихся под стражей лиц в индивидуальном порядке и предпринимать активные действия для установления мест их содержания. МККК также принимает заявки на розыск у лиц, которые ищут своих пропавших родственников. Делегаты МККК делают все возможное, чтобы найти их и сообщить их близким об их местонахождении, восстановить связь между членами семей и в отдельных случаях – способствовать удовлетворению имеющихся у семей конкретных потребностей».

Для многих жертв насильственных исчезновений и их семей посещения МККК часто являются единственной возможностью поддерживать связь с внешним миром и единственным источником надежды. В большинстве случаев посещения содержащихся под стражей лиц, проводимые МККК, действительно способствуют изменению положения таких лиц к лучшему, благодаря соблюдаемой организацией особой процедуре в этой области. Хочется надеяться, что хотя бы некоторые из целей, которые преследует Международная конвенция для защиты от насильственных исчезновений, можно будет достичь в обозримом будущем, а у МККК будет возможность продолжать свою деятельность, направленную на облегчение страданий тех, против кого было совершено это преступление.

5. Лишение имущества путем его незаконного или произвольного разрушения или присвоения

Право законно владеть и пользоваться имуществом защищено статьей 17 ВДПЧ⁵¹, статьей 1 Первого протокола к ЕКПЧ, статьей 21 Американской конвенции о правах человека и статьей 14 Африканской хартии прав человека и народов. Что касается осуществления этого права в условиях вооруженного конфликта, в исследовании МККК «Обычное международное гуманитарное право. Нормы» указывается, что

⁵¹ Примечательно, что это право не защищено ни МПГПП, ни МПЭСКП.

уничтожение и захват имущества неприятеля, особенно частной собственности гражданских лиц, запрещены, если этого не требует настоятельная военная необходимость⁵². По крайней мере, с момента принятия Кодекса Либера признается, что имущество, не представляющее ценности с военной точки зрения, пользуется защитой, и в настоящее время эта норма применима во время как международных, так и немеждународных вооруженных конфликтов. Нарушение этой нормы в форме «незаконно[го], произвольно[го] и проводимо[го] в большом масштабе разрушени[я] и присвоени[я] имущества, не вызываем[ого] военной необходимостью» является серьезным нарушением Женевских конвенций⁵³. Схожее положение содержится в Статуте МУС⁵⁴. Статут также квалифицирует как преступление «уничтожение или захват имущества неприятеля, за исключением случаев, когда такое уничтожение или захват действительно диктуются обстоятельствами конфликта»⁵⁵ при немеждународных вооруженных конфликтах».

Частная собственность пользуется защитой по определению и может быть захвачена или уничтожена только в случае настоятельной военной необходимости⁵⁶. В особенности, частная собственность пользуется защитой от грабежа как при международных, так и немеждународных вооруженных конфликтах. Грабеж запрещается даже когда город или населенный пункт захвачен штурмом⁵⁷. На практике некоторые государства установили правила, запрещающие разграбление культурных ценностей⁵⁸, а также имущества раненых и больных⁵⁹, умерших⁶⁰ и лиц, лишенных свободы⁶¹.

Мотивировка защиты собственности по МГП несколько отличается от мотивировки ее защиты по ППЧ. Тогда как согласно праву прав человека, право владеть собственностью является экономическим правом,

⁵² Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Том I. Нормы. Нормы 50-52, с. 226-239.

⁵³ Ст. 50 ЖК I; ст. 51 ЖК II; ст. 147 ЖК III.

⁵⁴ Ст. 8 (2) (b) (xiii) Статута МУС.

⁵⁵ Ст. 8 (2) (e) (xii) Статута МУС.

⁵⁶ Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Том I. Нормы. Норма 51, с. 231-2.

⁵⁷ Ст. 8 (2) (b) (xvi) и ст. 8 (2) (e) (v) Статута МУС.

⁵⁸ Жан-Мари Хенкертс и Луиза Досвальд-Бек. Обычное международное гуманитарное право. Том I. Нормы. Норма 40, с. 173.

⁵⁹ Там же, норма 111, с. 514-517.

⁶⁰ Там же, норма 113, с. 521-525.

⁶¹ Там же, норма 122, с. 557-560.

связанным с благополучием человека, согласно МПП, собственность пользуется защитой не столько в силу материальной ценности, которую она представляет, сколько в силу того, что она является фактором, помогающим лицам, пользующимся защитой, пережить критическую ситуацию, вызванную конфликтом. В условиях, при которых деньги почти всегда обесцениваются по сравнению с предконфликтным периодом, ценность продовольствия, воды, лекарств, одежды и крова, напротив, постоянно возрастает, поскольку они становятся совершенно необходимыми раненым, больным и потерпевшим кораблекрушение комбатантам, военнопленным и гражданским лицам.

В соответствии с применимым международным правом МККК обозначил свою позицию по вопросу защиты собственности в вооруженных конфликтах, в частности, путем поддержки принятия на XXVII Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца (1999 г.) Плана действий на 2000–2003 гг.. В этом документе содержится требование обеспечить «издание строгих приказов для предотвращения всех серьезных нарушений международного гуманитарного права, в том числе... грабежа»⁶². Организация также неоднократно выступала с заявлениями на тему защиты культурных ценностей в период вооруженных конфликтов и приветствовала принятие Каирской декларации о защите культурных ценностей от 16 февраля 2004 г.⁶³

⁶² Там же, норма 52, с. 238.

⁶³ См. http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/egypt-cultural_property-160204?opendocument.

The International Committee of the Red Cross and Social and Economic Rights (Part 2) (Summary)

*Sergey V. Sayapin**

Throughout a considerable part of its history, the International Committee of the Red Cross (ICRC) has customarily refrained from invoking international human rights law, for reason of this law's alleged politicisation. However, the changing character of armed conflicts and other situations of violence where the ICRC is currently operating have prompted it to set a framework for making some limited use of selected and applicable human rights, for the purpose of reinforcing the protection and assistance it provides. This article examines the norms of international law representing social and economic rights, which the ICRC may invoke in its humanitarian action, as well as the conditions for their invocation in the ICRC practice.

Keywords: the recruitment of children in armed forces; international humanitarian law (IHL); international human rights law (IHRL); International Committee of the Red Cross (ICRC); slavery; family rights; right to property; right to education; forced labour.

* Sergey Sayapin – Dr. iur. candidate at the Humboldt-Universität zu Berlin's Chair for German and International Criminal Law, Criminal Procedure and Contemporary Legal History. He also is Responsible for the Programme for the Academic Circles at the Regional Delegation in Central Asia of the International Committee of the Red Cross (ICRC). Whilst the author has made every effort to ensure maximum accuracy in the interpretation of ICRC documentation, this article may not necessarily reflect the ICRC's institutional views. The author is grateful to Tatyana-Maria Komerzan, translator at the ICRC Regional Communication Support Centre (Moscow), for her assistance in the preparation of this article's manuscript. sergey.sayapin@yahoo.com.

Механизмы международно-правовой защиты вынужденных мигрантов в условиях военных действий

*Ястребова А.Ю.**

В статье проанализированы основные международно-правовые нормы и принципы, направленные на защиту беженцев, лиц, ищущих убежище, и внутренних перемещенных лиц в условиях вооруженного конфликта. Особое внимание уделено применению положений IV Женевской конвенции 1949 г. о защите гражданского населения и двух Дополнительных протоколов 1977 г. к Женевским конвенциям в отношении вынужденных мигрантов. Предлагаются дополнительные правовые подходы к обозначению их специального статуса, институту интернирования и современным основам гуманного обращения с гражданскими лицами. Изучены возможности таких международных организаций, как Управление Верховного комиссара ООН по беженцам и Международный Комитет Красного Креста, по осуществлению защиты покровительствуемых лиц в военный период. Приобретают значимость определенные доктринальные положения, связанные с имплементацией универсальных договоров по правам человека при вооруженном конфликте.

Ключевые слова: вооруженные конфликты; вынужденное перемещение; беженцы; лица, ищущие убежище; защита гражданского населения; международное гуманитарное право (МГП).

Как известно, вооруженные конфликты сопровождаются вынужденным перемещением населения. Эксперты ООН в 2010 г. приводили статистические данные о 42 млн человек, покинувших свое постоянное место проживания в результате военных событий или преследований; из них 15,2 млн составляли лица, пересекшие международные границы¹.

* Ястребова Алла Юрьевна – к.ю.н., доцент, доцент кафедры международного права Дипломатической академии МИД России. fautorsa@aha.ru.

¹ Доклад об осуществлении целей в области развития, сформулированных в Декларации тысячелетия, за 2010 г. ООН, 2010. С. 15. За минувшее время соответствующие цифры заметно возросли.

Оценивая сложность признания указанных лиц в качестве беженцев, Г.С. Гудвин-Гилл отмечает, что «факт бегства от гражданской войны не является несовместимым с вполне обоснованными опасениями преследований по смыслу Конвенции 1951 г. Слишком часто лица, принимающие решения, полагают, что наличие гражданского конфликта создает условия общего отсутствия безопасности, которые до некоторой степени исключают возможность преследований»².

В этой связи отметим, что в военный период международное право прав человека действует совместно с нормами и принципами права вооруженных конфликтов, применяемыми в качестве *lex specialis*. Положение беженцев и лиц, ищущих убежище, – и как части гражданского населения, в связи с общими опасностями вооруженного конфликта, и как специфической международно-правовой категории, которую расценивают как предмет особого внимания воюющих сторон, – значительно усугубляется. Именно после установления нацистского режима преследований в Германии и открытия ею военных действий, связанных с оккупацией соседних стран, в рамках Лиги Наций были приняты основные международные договоры о защите беженцев³.

Нормами IV Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 г. предусмотрены в отношении этой группы людей и общегражданские, и специальные механизмы протекции.

Статья 4 IV Женевской конвенции 1949 г. включает в круг покровительствуемых лиц тех, кто находится в случае конфликта или оккупации во власти воюющей стороны или оккупирующей державы, гражданами которой они не являются. Статья 13 указанной конвенции, открывающая раздел II «Положения общего характера о защите населения от некоторых последствий войны», требует от государств-участников распространить его нормы на все население находящихся в конфликте сторон, без какой-либо дискриминации по причинам расы, национальности, религии или политических убеждений.

Статья 27 в ч. 1 возлагает на воюющие стороны обязанность обеспечения прав покровительствуемых лиц на уважение к их личности, чести, семейным правам, религиозным убеждениям и обрядам,

² Гудвин-Гилл. Г.С. Статус беженца в международном праве. М., 1998. С. 97.

³ Подробнее об этом см.: Иванов Д.В. Вынужденная и трудовая миграция населения в международном и национальном праве / Д.В. Иванов. М.: БИ, 2010. Convention relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation. A Commentary of Nehemiah Robinson. UNHCR, 1997.

привычкам и обычаям. Но уже в ч. 4 данной статьи указана возможность применять такие меры контроля или обеспечения безопасности, которые могут оказаться необходимыми вследствие войны. Воюющим сторонам предлагается прежде всего руководствоваться общим принципом гуманности в отношении мигрантов как не-комбатантов и защитить их от любых проявлений насилия. Одновременно государства по своему усмотрению вправе выбирать любые способы контроля над мигрантами, находящимися под их властью, включая интернирование, т.е. принудительное перемещение иностранных граждан в особые места поселения.

IV Женевская Конвенция 1949 г. не содержит специального определения мигрантов военного времени, в ней используются термины «беженец» и «иностранец» без каких-либо пояснений об их происхождении. Отметим, что Конвенция заимствует содержание данных определений из специальных международно-правовых соглашений. Статья 44 говорит о применении мер контроля воюющей стороной в отношении беженцев как лиц, не пользующихся покровительством ни одного правительства. В ней напоминает, что с беженцами нельзя обращаться враждебно только в силу того факта, что они являются формально гражданами государства-противника.

Здесь можно видеть активное использование международно-правовых актов эпохи Лиги Наций и первых послевоенных договоров, таких как Конвенция о статусе беженцев из Германии 1938 г. и Устав Международной организации по беженцам 1946 г. Эти документы заложили в качестве основополагающего элемента определения «беженец» отсутствие протекции со стороны какого бы то ни было государства.

Подтверждение преемственности подобной защиты мы находим и в ст. 73 I Дополнительного протокола 1977 г. к Женевским конвенциям. Там установлено, что лица, которые до начала войны рассматривались как апатриды или беженцы, согласно соответствующим международным актам или национальному законодательству пользуются защитой IV Женевской конвенции 1949 г. «при всех обстоятельствах и без какого-либо неблагоприятного различия».

Часть 2 ст. 70 IV Женевской конвенции направлена на защиту граждан оккупирующей державы, которые до войны нашли убежище на оккупированной территории, от ареста, предания суду, осуждения или депортации за ее пределы. Такие действия могут быть предприняты только за правонарушения, совершенные до начала военных

действий, за которые по законам государства пребывания лицо подлежало бы выдаче и в мирное время. Налицо требование применения основополагающих норм refugee law, таких как невыдача и невысылка лиц, ищущих убежище.

Четыре Женевские конвенции 1949 г. создавались в послевоенный период, когда стали достоянием факты геноцида и бесчеловечности по отношению к беженцам из фашистской Германии и оккупированных ею стран. Говоря о связи создания конвенций и событий Второй мировой войны, Ж. Дрейпер указывает: «Бесчеловечность в отношении человека к человеку достигла беспрецедентного шокирующего уровня. ... Ни одна из воюющих сторон не избежала такого рода действий. Преступления и антигуманизм, не связанные непосредственно с боевыми действиями, достигли своего апогея. ... Эти международные документы от начала до конца проникнуты идеями гуманизма и рассматриваются как основа действующего в настоящее время гуманитарного права»⁴.

Ярко негативным примером обращения с вынужденными мигрантами стало интернирование французскими властями лиц, бежавших из Германии до начала Второй мировой войны, предпринятое после вторжения немецких войск на ее территорию. Сразу после захвата зон интернирования военные власти Германии получили обратно «своих» беженцев, многие из которых продолжали формально обладать ее гражданством.

Итак, страна, которая изначально предоставила свою территорию для убежища граждан государства, ставшего ее военным противником, вполне может начать рассматривать беженцев как граждан этого противника. Именно для сохранения гуманитарного подхода к их пребыванию даже в условиях военных действий была включена в международно-правовой механизм их защиты ст. 44 IV Женевской конвенции.

Согласно указанной норме, статус беженца не может быть снят с лица, уже обладающего им, произвольно ни одной из воюющих сторон. Как уже отмечалось, в общем смысле ст. 73 I Дополнительного протокола 1977 г. запрещает дискриминацию беженцев по любым основаниям. Представляется, что в числе этих оснований должно быть четко обозначено, что формальная принадлежность лица к гражданству

⁴ Дрейпер Ж. Развитие международного гуманитарного права // Международное гуманитарное право: сборник научных трудов. М., 1991. С. 120, 123–124.

какой-либо из воюющих сторон не означает прекращение действия его правового статуса беженца.

Часть 4 ст. 45 IV Женевской конвенции 1949 г. гласит: «Покровительствуемое лицо ни в коем случае не может быть передано в страну, в которой оно могло бы опасаться преследований в связи со своими политическими или религиозными убеждениями». Остается дополнить данную норму запретом передавать беженцев или лиц, ищущих убежище, их собственному государству, даже если они продолжают формально рассматриваться как его граждане. По сути, это придает особую значимость отраслевому принципу *non-refoulement*, воспреещающему возвращать вынужденных мигрантов силой в страну, где им грозит опасность подвергнуться преследованию.

Согласно нормам IV Женевской конвенции 1949 г., реальная забота о беженцах и лицах, ищущих убежище, во время военных действий может быть поручена державе-покровительнице или Международному Комитету Красного Креста (МККК). Однако согласно ч. 1 ст. 9 Конвенции на державы-покровительницы возложена прежде всего охрана интересов сторон, находящихся в конфликте. Х. Зайбт справедливо замечает, что «именно таков мандат державы-покровительницы, назначенный тем государством, из которого прибыли беженцы, и поскольку их собственное государство не проявляет никакого интереса к их судьбе, они не могут рассчитывать на защиту этой державы»⁵.

Таким образом, гуманитарные функции МККК, предусмотренные ст. 10 и ч. 5 ст. 143 Конвенции, позволяют его делегатам осуществлять покровительство вынужденным мигрантам. Если же эти лица являются выходцами из третьей страны, не являющейся стороной вооруженного конфликта, то здесь вполне применимо обращение воюющих государств к державе-покровительнице. В этом случае у них нет оснований предвзято относиться к защите беженцев и лиц, ищущих убежище. Тем не менее при любых обстоятельствах покровительство должно иметь место.

Помимо этого, существует специальный подход Международного Комитета Красного Креста к созданию т.н. «зон безопасности» для беженцев и перемещенных лиц. Используя возможности Женевского права при организации санитарных, демилитаризованных и нейтрализованных зон, МККК удавалось добиться собственного контроля над определенными территориями с согласия заинтересованных сторон.

⁵ Зайбт Х. Сборник задач по международному гуманитарному праву. М., 1998. С. 124.

Так, МККК создавал такие безопасные зоны для иракских беженцев курдской национальности в Иране в 1991 г., руандийских беженцев в Заире и Танзании в 1994 г., камбоджийских беженцев на границе Таиланда и Камбоджи в 1984 г. Тем не менее Ж.-Ф. Лавуайе отмечает: «При создании зон безопасности следует проявлять особую осторожность. По сути дела, существование таких зон может способствовать возникновению чувства ложной безопасности у тех лиц, для защиты которых они созданы. Кроме того, в отдельных случаях создание зон безопасности может вызвать обратный эффект, когда большей опасности, чем прежде, начнет подвергаться население, находящееся за их пределами, а это будет неизбежно вести к ослаблению позиций МПП, которое предусматривает защиту всего гражданского населения без каких-либо различий»⁶. Представляется, что высказанная позиция в большей степени отвечает мандату МККК, который выражен в мерах, направленных на защиту всего гражданского населения в целом.

Соглашение СНГ о первоочередных мерах по защите жертв вооруженных конфликтов относит к таковым прежде всего мирных жителей. Статья 4 Соглашения требует от его участников «предпринимать незамедлительные согласованные меры для защиты лиц, незаконно лишенных свободы по причинам, связанным с вооруженным конфликтом, независимо от того, интернированы они или задержаны». Согласно ст. 5, государства-участники будут предоставлять заинтересованным сторонам «информацию о жертвах вооруженного конфликта, нуждающихся в защите и помощи».

Перечень общих прав гражданских лиц в военный период является значительно более широким по сравнению со специальными правами беженцев и лиц, ищущих убежище. На наш взгляд, это объясняется целевой направленностью Женевского права, призванного обеспечить защиту прежде всего жертвам войны и уже в их числе – вынужденным мигрантам, являющимся иностранцами в воюющем государстве. Лишь некоторые специфические моменты, о которых мы говорили выше, позволяют им получить особенный уровень защиты.

Представленные нормы и принципы могут быть дополнены отдельными заключениями Исполнительного комитета Управления Верховного комиссара ООН по беженцам (УВКБ ООН), так или иначе

⁶ Лавуайе Ж.-Ф. Беженцы и перемещенные лица: международное гуманитарное право и роль МККК // Защита лиц и объектов в международном гуманитарном праве. Статьи и документы. М., 1999. С. 214–215.

затрагивающими вопросы защиты вынужденных мигрантов в условиях вооруженного конфликта⁷. К ним относится заключение № 48 (XXXVIII) 1987 г. «Военные или вооруженные нападения на лагеря и поселения беженцев», где такие акты осуждаются как противоречащие международному праву в целом и МГП в частности. Заключение основано на том, что лагеря и поселения беженцев «носят исключительно гражданский и гуманный характер» и причислены, таким образом, к гражданским объектам, нападение на которые запрещено правом вооруженных конфликтов. С другой стороны, в нем упоминается об обязанностях лагерей и поселений беженцев подчиняться требованиям общественного порядка страны нахождения и воздержания от деятельности, нарушающей их гражданский и гуманитарный характер (п. 4 а)). Использование основ МГП, таких как разграничение военных и гражданских объектов при ведении военных действий, запрет репрессалий в отношении гражданских лиц и объектов и возможности превращения гражданских объектов в военные, дополнено спецификой ситуации беженцев и лиц, ищущих убежище.

Однако заключение № 48 не учитывает тех норм IV Женевской конвенции 1949 г., которые разрешают принудительное интернирование беженцев и лиц, ищущих убежище, и той отдельной защиты, которая предусмотрена для интернированных лиц в части IV «Правила, касающиеся обращения с интернированными». Представляется, что нужен международно-правовой акт, объединяющий правила пребывания беженцев и лиц, ищущих убежище, в местах интернирования и в лагерях и поселениях и устанавливающий единые принципы обращения с ними.

Заключение УВКБ ООН № 12 (XXIX) «Экстерриториальное действие определения статуса беженца» 1978 г. рекомендует государствам – участникам Конвенции 1951 г. и Протокола 1967 г. признать сохранение и непрерывность статуса беженца после его определения одним из таких государств, если эти лица не подпадают под прекращающие или исключающие положения. Это вполне согласуется с нормой ст. 73 I Дополнительного протокола 1977 г., согласно которой признание до войны беженцем или апатридом дает право на автоматическое признание покровительствуемым лицом.

⁷ Содержание заключений Исполкома УВКБ ООН здесь и далее приводится по: Сборник международных и национальных документов по правам беженцев. СПб, 2008. С. 36–84.

Еще одним принципиальным моментом международно-правовой защиты вынужденных мигрантов во время военных действий является обращение государств с теми, кто оказался на их территории вследствие неконтролируемых массовых перемещений. На сегодняшнем примере трагических событий исхода населения из Ливии в соседний Тунис и другие сопредельные африканские страны можно видеть, что правовой статус таких мигрантов невозможно определить в ускоренном порядке. Сами процедуры признания в условиях внутренней нестабильности принимающего государства зачастую не проводятся. Свою актуальность сохраняет заключение УВКБ ООН № 22 (XXXII) «Защита лиц, ищущих убежища, в ситуациях их массового притока» 1981 г. В нем предусмотрена защита лиц без установленного правового статуса, для которых принимающие государства призваны прежде всего гарантировать допуск на свою территорию.

Для понимания связи норм *refugee law* и международного гуманитарного права стоит отдельно остановиться на п. 2 Заключения № 22, который предлагает меры, соответствующие «минимальным и основным гуманитарным нормам» в отношении временного приема лиц, ищущих убежище, как то:

- неприменение к ним каких-либо взысканий за незаконный въезд и право на пользование «международно признанными гражданскими правами»;
- обеспечение всеми необходимыми условиями существования: питанием, кровом, медицинскими и санитарными услугами;
- защита от жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения;
- недискриминация по любому признаку;
- признание полной правосубъектности и уважение единства семьи;
- оказание помощи при поиске членов семьи, отправке и получении почтовой корреспонденции;
- получение материальной помощи и разрешение на перемещение имущества;
- облегчение добровольной репатриации.

Формально говоря, воюющее государство не всегда в состоянии осуществлять все стандарты мирного времени в области прав человека. Часть 1 ст. 4 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. определяет, что такие отступления возможны только в такой степени, в какой это требуется остротой положения, при условии,

что такие меры не являются несовместимыми с другими его обязательствами по международному праву. Представляется, что универсальная Конвенция о статусе беженцев 1951 г. и Протокол, касающийся статуса беженцев, 1967 г., в которых принимает участие воюющее государство, как раз и будут «другим таким обязательством».

И.И. Лукашук определяет, что «вооруженный конфликт не является основанием для одностороннего прекращения или приостановления действия договорных постановлений относительно защиты личности»⁸. Одновременно он говорит о том, что «с началом конфликта начинают применяться договоры, которые были специально заключены на этот случай. В первую очередь это относится к конвенциям гуманитарного права, устанавливающим правила ведения военных действий и нормы о защите жертв войны»⁹.

И.А. Умнова выдвигает тезис о том, что «каждый вид свободы ограничивается необходимостью охраны других ценностей» и поэтому право индивида свободно передвигаться в ситуации вооруженного конфликта является усеченным, что «обусловлено задачами национальной безопасности и обороны, необходимостью защиты самих мирных жителей»¹⁰. Действительно, вынужденная миграция в условиях военных действий представляет собой сложную гуманитарную проблему, так как право самих мигрантов на жизнь и безопасность становится крайне уязвимым. Эксперты в области прав человека указывают, что «само по себе передвижение человека и изменение им места пребывания и жительства в условиях военных действий, экологических катастроф, межнациональных конфликтов и в некоторых других экстремальных ситуациях часто выступает едва ли не главным средством спасения жизни, здоровья, имущества, спасения от насилия и т.п.»¹¹.

С другой стороны, проблемы национальной безопасности зачастую влияют на решение воюющих государств о временном закрытии своих международных границ для перемещения иностранных граждан. Международным правом такие ограничения в пользу суверенитета государств допускаются, и межгосударственные соглашения

⁸ Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Т. II. Действие международных договоров. М., 2006. Цит. по элект. информационно-справочной системе «Гарант Эксперт», 2011.

⁹ Там же.

¹⁰ Умнова И.А. Право мира: курс лекций. М., 2011. С. 155.

¹¹ Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики / Под. ред. Ф.М. Рудинского. 2-е изд. М., 2006. С. 197.

о перемещении, о границах и пунктах пропуска через них вполне могут содержать соответствующие нормы. Так, ст. 4 Соглашения между Правительствами Беларуси, Казахстана, Киргизии, РФ и Таджикистана о взаимных безвизовых поездках от 30 ноября 2000 г. говорит о том, что положения этого договора «не затрагивают право Сторон принимать особые меры по защите своих границ и территории при чрезвычайных обстоятельствах». Государство – участник Соглашения может вводить «временные ограничения на въезд, выезд, пребывание, передвижение и транзитный проезд» граждан других сторон, уведомив их об этом по дипломатическим каналам «за 72 часа до введения в действие указанных ограничений».

Одновременно ст. 4 Соглашения СНГ о помощи беженцам и вынужденным переселенцам требует от государств-участников осуществить «эвакуацию населения из зон вооруженных и межнациональных конфликтов, предоставляя возможность для его беспрепятственного добровольного выезда на территорию одной из Сторон» и «обеспечить личную и имущественную безопасность эвакуирующихся, добиваясь прекращения огня, соблюдения охраны общественного порядка во время эвакуации». Речь идет о лицах, которые могут претендовать на статус беженца или вынужденного переселенца вследствие своего перемещения.

Коллизия двух приведенных норм региональных договоров вполне может быть преодолена. Вынужденные мигранты не принадлежат к категории обычных иностранцев, для которых будут в период вооруженного конфликта действовать Соглашение о безвизовом обмене и особые меры по охране границ воюющего государства. Для вынужденных мигрантов должно применяться Соглашение о помощи беженцам и вынужденным переселенцам и специальные механизмы эвакуации из зон военных действий и допуска на территорию принимающего государства.

Федеральный конституционный закон РФ от 30 января 2002 г. № 1-ФКЗ «О военном положении» в ст. 7 устанавливает особый режим въезда и выезда на территорию, где оно введено, а также ограничивает свободу передвижения по ней (п. 2.4)). Кроме того, ФКЗ «О военном положении» предусматривает возможность «интернирования (изоляции) в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права граждан иностранного государства, воюющего с РФ» (п. 2.16)); интернирование применяется только в случае

агрессии против РФ (п. 3 ст. 7). Эта отсылочная норма национально-го законодательства РФ тесно связана с положениями IV Женевской конвенции 1949 г.

Подводя некоторый итог, нужно отметить, что только разумный баланс прав государства и прав индивида может дать реальный ответ на проблему вынужденной миграции, проистекающей в условиях вооруженного конфликта или являющейся его последствием. Как показали сегодняшние события в Северной Африке, наиболее последовательными в соблюдении прав вынужденных мигрантов с территории Ливии, пока даже не признанных беженцами, стали власти Туниса, обеспечившие совместно с УВКБ ООН и местными организациями Красного Полумесяца их пребывание в палаточных лагерях вблизи границ. Региональная Конвенция ОАЕ по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке 1969 г. в ч. 3 ст. II запрещает отказ в приеме на границе, возвращение или высылку, вынуждающие лицо, ищущее убежище, вернуться на территорию, где его жизнь, личная неприкосновенность или свобода могут оказаться под угрозой. С другой стороны, позиция Италии, отказывающейся принимать вынужденных мигрантов из неспокойных стран Северной Африки, опирается именно на соображения национальной безопасности и принцип разделения бремени по приему мигрантов с другими государствами Европейского союза. Так, к началу апреля 2011 г. более 6000 беженцев, нелегально прибывших из Туниса, Ливии и Египта на итальянский остров Лампедуза, ждали отправки на материк, что вызывало в их среде массовые протесты¹². Перед нами два противоположных примера обращения стран приема с прибывающими из региона военных действий иностранными гражданами.

Заключение Исполкома УВКБ ООН № 80 (XLVII) «Всеобъемлющий и региональные подходы внутри системы защиты» 1996 г. призывает государства в сотрудничестве с международными организациями создавать и укреплять механизмы, «призванные предотвращать или уменьшать возможности возникновения конфликтов как одной из возможных причин перемещения населения», и принимать меры по примирению там, где это возможно и необходимо, «особенно на постконфликтном этапе, для повышения прочности решений» (п. е) ix)). Представляется, что это предложение в большей степени связано с процессом международного урегулирования конфликтов и не будет влиять напрямую на правовое положение лиц, которые крайне нуждаются

¹² Российская газета. 5 апреля 2011 г. С. 8.

хотя бы во временном убежище и не могут ждать окончательного решения ситуации.

Изначально международное гуманитарное право было создано для оказания немедленной помощи жертвам войны, его нормы начинают действовать с момента возникновения вооруженного конфликта. Как уже было установлено, *refugee law* и *asylum law*? как институты международного права прав человека, реализуются и в мирное, и в военное время. Но в период вооруженного конфликта совместное их применение вкуче с нормами МГП усиливает эффект общего действия гуманитарных стандартов. Поэтому в состав норм IV Женевской конвенции 1949 г. и I Дополнительного протокола 1977 г. были включены соответствующие положения по признанию и защите вынужденных мигрантов, вытекающие из т.н. договоров «мирного времени».

На наш взгляд, необходимо внести в данные договоры дополняющие нормы, которые определяют механизмы особой защиты беженцев и лиц, ищущих убежище, в военное время. Важно подчеркнуть, что и в период вооруженного конфликта они не являются обычными иностранцами, и от этого факта их положение становится еще более уязвимым. Как уже было указано выше, их «лояльность» по отношению к стране пребывания будет оцениваться военными властями и в зависимости от этой оценки они могут подвергнуться таким специальным мерам контроля, как интернирование.

К числу дополнительно защищающих положений, которые должны быть предусмотрены, мы относим следующие:

- обозначение строгого запрета на любые попытки силой вернуть вынужденных мигрантов в государство, где их жизнь и безопасность подвергается угрозе;

- формирование нейтрального и гуманного отношения к ним воюющих сторон как основы обращения;

- обеспечение принципа единства/воссоединения семей;

- четкое определение причин для интернирования вынужденных мигрантов и придание особого правового статуса местам их пребывания как исключительно гражданским объектам;

- привлечение совместных усилий УВКБ ООН, МККК и держав-покровительниц к защите вынужденных мигрантов в военных условиях.

Заключение Исполкома УВКБ ООН № 75 (XLV) «Лица, перемещенные внутри страны» (Internally Displaced Persons) 1994 г. призывает заинтересованные правительства «обеспечить безопасный

и своевременный гуманитарный доступ» к лицам, перемещенным внутри страны, жертвам вооруженных конфликтов и беженцам, находящимся на их территории (п. i)). Заключение содержит указание на то, что «международная защита прав человека, международное гуманитарное право, а во многих случаях национальные законы содержат нормы, предусматривающие охрану и защиту лиц, перемещенных внутри страны» и на «серьезное беспокойство по поводу несоблюдения этих норм конфликтующими сторонами» (п. m)).

Международное гуманитарное право использует для защиты лиц и объектов при немеждународном вооруженном конфликте II Дополнительный протокол 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г. Сфера его применения определена как классическая ситуация гражданской войны, происходящей на территории государства, между его вооруженными силами и организованными вооруженными группами повстанцев. Статья 3 Протокола ссылается на принцип невмешательства во внутренние дела государств и говорит об обязанности правительства «всеми законными средствами поддерживать или восстанавливать правопорядок в государстве или защищать национальное единство и территориальную целостность государства» (ч. 1). Из содержания Протокола также вытекает развернутый принцип исключительного суверенитета государств по отношению к признанию самого факта вооруженного конфликта на своей территории.

В то же время права людей, оказавшихся в ситуации вынужденного внутреннего перемещения, вполне могут стать предметом заботы и контроля международного сообщества. А.А. Ковалев справедливо замечает, что «взаимодействие международной и внутригосударственной правовых систем осуществляется на всех уровнях, включая правосознание и организационно-правовые механизмы. Международное право оказывает существенное влияние на функционирование внутригосударственного права, на процесс принятия решений при создании и при применении права»¹³. Об этом свидетельствует и наличие современных универсальных и региональных международных договоров по вопросам прав и свобод человека, ранее традиционно относившимся к внутренней компетенции государства.

¹³ Ковалев А.А. Некоторые вопросы взаимодействия международного права и национального права Российской Федерации // Конституционное право и международное право: взаимодействие и развитие в современную эпоху. М., 2010. С. 53.

Кампальская конвенция Африканского союза 2009 г. о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказании им помощи¹⁴ содержит ст. 7, обеспечивающую покровительство таким лицам при вооруженных конфликтах. Часть 3 данной статьи прямо говорит о том, что оказание помощи и защита внутренне перемещенных лиц должны регулироваться международным гуманитарным правом.

Более того, ч. 4 ст. 4 Кампальской конвенции содержит перечень запрещенных видов произвольного перемещения, к которым, в частности, относится «индивидуальное или массовое перемещение гражданских лиц в ходе вооруженных конфликтов», если оно не требуется для обеспечения их безопасности или по военным соображениям. Здесь же обозначен запрет на перемещение, намеренно используемое как метод ведения войны; вызванное массовым насилием и нарушениями прав человека; являющееся «средством коллективного наказания» или «вредоносных действий».

Кампальская конвенция 2009 г. является принципиально новым международно-правовым актом регионального уровня, направленным на сдерживание военной эскалации многочисленных внутригосударственных конфликтов Африканского континента. Одновременно ее участники стремятся включить нормы Гаагского и Женевского права, применяемые при международном вооруженном конфликте, в механизм защиты вынужденных мигрантов в условиях гражданской войны.

Кроме того, четыре Женевские конвенции 1949 г. усиливают ответственность государств с помощью ст. 3, представляющей общую для всех них норму, которая требует при любых случаях применения военной силы соблюдать минимум норм гуманного обращения с жертвами войны. Определяющим условием при этом является правило о том, что использование гуманного минимума не влияет на юридический статус сторон, находящихся в состоянии конфликта. Содержит данную норму и IV Женевская конвенция 1949 г. о защите гражданского населения, которое включает в себя и внутренне перемещенных во время военных событий лиц. По общему правилу, все гражданские лица должны «при всех обстоятельствах пользоваться гуманитарным обращением без всякой дискриминации по причинам расы, цвета кожи,

¹⁴ Текст конвенции здесь и далее цит. по: Московский журнал международного права, № 1(81) 2011, январь-март 2011 г. С. 211–232. Документы, неофиц. пер. Д.В. Иванова и Н. Бобринского. См. также: UN Guiding Principles on Internal Displacement / UN DOC.E/CN.4/1998/53.

религии или веры, пола, происхождения или имущественного положения» (ч. 1 ст. 3 IV Женевской конвенции).

Вышеуказанное заключение Исполкома УВКБ ООН № 75 (XLV) 1994 г. определяет, что лица, перемещенные внутри своей страны, находятся под ее национальной юрисдикцией. При этом должны быть предоставлены гарантии их защиты и благосостояния. Помимо этого, за внутренне перемещенными лицами сохраняется право искать и получать убежище от преследования в других странах. В заключении предложено сочетать указанные меры с предоставлением гуманитарного доступа другим заинтересованным государствам и международных организаций к таким лицам.

Федеральный конституционный закон РФ от 30 мая 2001 г. № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» подразумевает введение в стране чрезвычайного положения «при наличии обстоятельств, которые представляют собой непосредственную угрозу жизни и безопасности граждан или конституционному строю РФ и устранение которых невозможно без применения чрезвычайных мер» (ст. 3). В содержание Указа Президента РФ, вводящего чрезвычайное положение, должен быть включен исчерпывающий перечень временных ограничений прав и свобод граждан РФ, иностранных граждан и лиц без гражданства (п. д) ст. 5). Такие ограничения соответствуют международным обязательствам РФ, вытекающим из договоров с ее участием, и не могут повлечь за собой дискриминацию отдельных лиц или групп населения (ч. 2 ст. 28).

Таким образом, при равно опасных условиях внутреннего вооруженного конфликта должна быть обеспечена надлежащая защита для всех категорий населения. Эта позиция соответствует ст. 13 II Дополнительного протокола 1977 г., согласно которой гражданское население и отдельные гражданские лица пользуются общей защитой от опасностей войны, они не могут быть объектом репрессалий, в отношении их запрещены акты насилия и террора или угрозы таковых. Статья 17 II Дополнительного протокола запрещает принудительное перемещение гражданских лиц при отсутствии военной необходимости и соображений безопасности и принуждение их покинуть свою собственную территорию по причинам, связанным с конфликтом. Наконец, ч. 2 ст. 18 допускает, с согласия заинтересованного государства, проведение операций по оказанию помощи гражданскому населению исключительно гуманитарного характера в случае чрезмерных лишений, отсутствия продовольствия и медикаментов.

Как мы видим, II Дополнительный протокол 1977 г. содержит лишь общие положения по защите гражданского населения в период внутреннего вооруженного конфликта и не обеспечивает специальных норм в отношении перемещенных лиц. Практика показывает, что таким лицам требуется дополнительный объем пусть даже временных прав, необходимых для обустройства на новом месте пребывания. Это могут быть и внутригосударственные, и международные гарантии. Важно, чтобы они в принципе были применены. Д.В. Иванов замечает, что «лица, перемещенные внутри своей собственной страны, имеют те же права, что и все население в целом, но в результате перемещения данные лица становятся наиболее уязвимыми», и это порождает особую систему защиты и помощи¹⁵. Зачастую миротворческая деятельность ООН, осуществляемая согласно соответствующим резолюциям Совета Безопасности, включает в себя такой компонент, как защита гражданского населения и перемещенных лиц. Подобные гуманитарные операции сопутствовали миротворческому мандату ООН в Судане, Либерии, Кот-д'Ивуаре.

Таким образом, международно-правовые средства защиты вынужденных мигрантов в период вооруженных конфликтов сочетают в себе сохранение принципов общей защиты беженцев и лиц, ищущих убежище, и специальные нормы МГП, действующие в отношении гражданского населения. Правовое положение вынужденных мигрантов признается международными организациями (УВКБ ООН, МККК) наиболее уязвимым, потому что они не могут прибегнуть к протекции собственного государства по объективным причинам. Представляется целесообразным усилить деятельность межгосударственного сообщества и по закреплению определенного правового положения внутренне перемещенных лиц, которая уже имеет место на региональном уровне. Правовые механизмы надлежащей защиты покровительствуемых лиц должны применяться ко всем категориям мигрантов при вооруженном конфликте. Своевременность и эффективность их использования, с учетом особенностей статуса и потребностей безопасности указанных групп людей, составляют особое направление международно-правовой защиты, предоставляемой гражданскому населению в условиях военных действий.

¹⁵ Иванов Д.В. Международное сотрудничество государств в области защиты прав лиц, перемещенных внутри страны // Московский журнал международного права, № 1 (81), январь-март 2011 г. С. 21.

Библиографический список

Гражданские права человека: современные проблемы теории и практики. Под. ред. Ф.М. Рудинского. Второе изд. М.: ТФ МИР, 2006.

Гудвин-Гилл Г.С. Статус беженца в международном праве. – М.: ЮНИТИ, 1998.

Доклад об осуществлении целей в области развития, сформулированных в Декларации тысячелетия, за 2010 г. ООН, Нью-Йорк, 2010.

Дрейпер Ж. Развитие международного гуманитарного права. // Международное гуманитарное право: сборник научных трудов. Институт А.Дюнана, Институт проблем гуманизма и милосердия. М.: Прогресс, 1991. С. 101-132.

Зайбт Х. Сборник задач по международному гуманитарному праву. М.: МККК, 1998.

Иванов Д.В. Международное сотрудничество государств в области защиты прав лиц, перемещенных внутри страны // Московский журнал международного права, № 1 (81), январь-март 2011 г. С. 15-30.

Лавуайе Ж.-Ф. Беженцы и перемещенные лица: международное гуманитарное право и роль МККК // Защита лиц и объектов в международном гуманитарном праве. Статьи и документы. М.: МККК, 1999. С. 191–220.

Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Т. II. Действие международных договоров. М.: Волтерс Клувер, 2006.

Ковалев А.А. Некоторые вопросы взаимодействия международного права и национального права Российской Федерации // Конституционное право и международное право: взаимодействие и развитие в современную эпоху. Сборник научных статей. М.: РАП, 2010. С. 41–55.

Сборник международных и национальных документов по правам беженцев. Санкт-Петербургский Центр международного сотрудничества Красного Креста. СПб: Коломенская верста, 2008.

Умнова И.А. Право мира: курс лекций. М.: ЭКСМО, 2011.

Convention relating to the Status of Refugees: Its History, Contents and Interpretation. A Commentary of Nehemiah Robinson. Institute of Jewish Affairs, UNHCR, 1997.

UN Guiding Principles on Internal Displacement / UN DOC.E / CN 4/1998/53.

Mechanism of International Legal Protection to the Forced Migrants in the Conditions of War Conflict (Summary)

*Alla Y. Yastrebova**

The basic international rules and principles to provide the protection to Refugees, Asylum-Seekers and Internally Displaced Persons in war conditions are analysed in the above article. Especially, the provision of IV Geneva Convention 1949 and two Additional Protocols 1977 to Geneva Convention is considered regarding forced migrants situation. Some legal approaches are proposed in order to define their status, measures of internment and the modern backgrounds of humanitarian treatment of civilians. The functions of UNHCR and ICRC to support the protected persons in the conditions of war conflict are examined. The doctrines connected with the implementation of universal Human Rights treaties become truly demanded in war period.

Keywords: war conflicts; forced displacement; Refugees; Asylum-Seekers; belligerent parties.

* Alla Y. Yastrebova – PhD in Law, associate Professor of the Chair of International Law, Diplomatic Academy, MFA Russia. fautorsa@aha.ru.

Революция и правопорядок (к проблеме легитимации новых политических режимов)

Исаев М.А.*

Революция и вызванные ею потрясения меняют зачастую правовую систему страны, пережившей революционный коллапс. Одним из последствий революции оказывается проблема легитимации нового политического режима. В практическом плане легитимность режима влияет на признание его на международной арене и на правопреемство с прежним государством. В статье проанализирована типология революции как политико-правового феномена, рассмотрены возможные способы легитимации новой государственности.

Ключевые слова: революция и правопорядок; правопреемство государств; легитимность и легитимация; новый политический режим; признание нового государства.

Исторические корни понятия «революция»

Юридическое определение революции покажется нам самым простым в ряду возможных дефиниций. Так, например, известный норвежский юрист Фред Кастберг сформулировал его достаточно лаконично: «изменение или содействие изменению существующего правопорядка неправовыми, незаконными средствами, подразумевающими использование насилия»¹. Несомненно, в основе этого ригористичного юрицизма лежит традиционный для Запада культ права, своеобразную

* Исаев Максим Анатольевич – д.ю.н, доцент; профессор кафедры конституционного права МГИМО (У) МИД России. isaeff.maximanatoljevitch@yandex.ru.

¹ Castberg F. Rett og revolusjon i Norge. Oslo, 1977. S. 16.

квинтэссенцию которого мы находим в нормативистской школе права Ганса Кельзена, для которой характерен особый юридический пие-тизм. Напомним: для Кельзена любое изменение конституции вопреки предписанному ей порядку внесения в нее поправок есть уже революция. Именно для такого подхода характерно положение, что право твориться может только на основе права. Даже схоластическая максима *ex factis oritur ius* превращается в своего рода *causa* – основание творимого правопорядка, поскольку факт превращается этой максимой в содержание того права, которое порождает.

Однако во всех этих размышлениях мы можем найти немалую долю парадоксального. Например, в том, что исключительно юридическое определение революции не учитывает такого важного факта, как победоносное ее исполнение. В этом случае незаконное использование силы в новых условиях победившего строя превратится в священное право народа восставать против угнетения. Это право освящено авторитетом *Декларации прав человека и гражданина 1789 года* (п. 2) и является своего рода идолом современной правовой культуры западной цивилизации, следовательно, необходимо рассмотреть прежде всего исторические корни самого понятия *facultas insurgendi et resistendi* (оговорка о праве восстания и сопротивления). Но одновременно мы должны учитывать, что право, правопорядок и революция суть вещи несовместные. И расхожее определение революции не может быть иным, кроме уже упомянутого *ius resistendi* (право на восстание), имеющего глубокие корни в эпохе феодализма.

Трудность, тем не менее, этого определения станет понятной, когда мы поймем, что право на восстание мало отличимо от обыкновенного бунта, неповиновения властям, которые никак не назовешь революцией. Поэтому определение революции нам придется искать, скорее, в сфере политического как наиболее близкой к сфере юридического в силу общности предмета. Обоснование такому подходу видится в том, что революция, если вспомнить достаточно меткое определение Энгельса (считавшего революцию самой авторитарной вещью на свете), представляет собой вещь исключительно политическую по своей сути. Она авторитарна настолько же, насколько и политична, настолько же она и тотальна по своим результатам. Тем не менее цель всякой революции, безусловно, не коренится в грубой жестокости и насилии. Насилие в данном случае только средство достижения цели, которую не революционными методами достичь уже невозможно. Только такое,

казалось бы, очевидное понимание революции, однако, не подтверждается практикой: как у всякого человека свой даймун, как учил Сократ, так у каждого революционера своя революция. Следовательно, необходимо исследовать прежде всего исторические корни самого понятия.

* * *

Общим стало положение, что слово «революция» является изобретением Нового времени (sic!), эпохи социальных потрясений XVII, XVIII и XIX веков. Но вот парадокс: само это слово пришло к нам из европейской средневековой астрологии, где оно очень долго использовалось в прямом соответствии с его изначальным смыслом. Дело в том, что латинское *revolutio* означает «возврат в исходное положение». Поэтому, когда астрологи говорили, например, что «Венера совершила революцию», это означало, что вторая планета Солнечной системы вернулась в исходное для наблюдения положение в соответствующем знаке зодиака.

Такое понимание слова «революция», несомненно, шло еще из эпохи античности. Именно тогда была сформулирована циклическая концепция истории, согласно которой политические формы общения представляли собой неизбежную череду смен отдельных форм политического властвования, но сама череда смен при этом представляла собой *замкнутый круг*, круг предустановленных природой форм политического общения, исчерпывающую классификацию которых дал еще Аристотель. Политическая форма господства в обществе (*civitas*) тогда мыслилась как неизбежная предпосылка другой, та – следующей, и так далее по замкнутому кругу. Ничего принципиально **нового** в данном круговращении возникнуть не могло. Очевидно, – это только предположение – неизбежность возвращения той или иной политической формы и получила подобное странное на первый взгляд наименование. Однако между эпохой античности и Новым временем, названным столь удачно, лежит целая пропасть – не менее десяти веков. Эти десять веков служат своеобразным «мостиком» по переходу от античного понимания революции к современному значению этого понятия.

Эта бездна времени имела свою особую логику развития, вектор которого отчасти виден из названия эпохи – Средние века. Средние века, как известно, сменились Новым временем. Но почему, собственно, Средние века должны сменяться Новым временем? Разве то, что следует за чем-то средним, есть новое? Само название предшествующей эпохи не позволяет сделать такой вывод. Ведь термин «Средние

века» (*Medium aevum*) возник в XIII столетии в среде христианских сект, в основном катаров (Западной Европы), исполненных эсхатологических ожиданий. Раз воплотившийся в человеческой плоти Бог возвестил ожидание второго своего пришествия, следовательно, время этого ожидания есть нечто среднее между пришествиями Спасителя на Землю. Таков истинный смысл этого времени и подлинное значение его названия. И оно даст нам подсказку, почему эпоха, так и не реализовавшая свое внутреннее ожидание, то, ради чего она и была так названа, стала вдруг Новой? Ведь эпоха хилиазма так и не наступила!

Само понятие «нового», несмотря на его очевидность, никоим образом не может быть истолковано однозначно. Что такое новое? В каком смысле новое? Новое – хорошо забытое старое? Новое – ранее не известное или не существовавшее? Новое – не имеющее аналогов? Наконец, новое – отрицание старого? Вот лишь небольшой перечень значений, входящих в объем самого понятия. Единым для всех этих значений будет субъект – носитель оценки, именно он есть главное действующее лицо истории. Основание новизны, таким образом, коренится в Разуме, в его априорных понятиях, которыми Разум, как «маленькими хитростями», отдадим дань Гегелю, пытается разрешить противоречие очевидного с мыслимым, в нашем контексте – должном.

Новое время оказывается эпохой, в которой повторяется старый кризис человеческого знания. Неразрешимость противоречий между Откровением и попытками логического доказательства этого самого откровения. Иными словами, может, чуть проще: противоречие между Разумом и Верой. Античная цивилизация зафиксировала неразрешимость этого противоречия в известном постулате Тертуллиана: *Credo, quia absurdum* (Верую, потому, что нелепо). Последовавшая после этого эпоха упадка оставила место исключительно Откровению, Вере, доказательство догматов которой стало возможным лишь в форме схоластической философии. Но век Возрождения (Ренессанса) не только возродил античное искусство, но и вернул новоевропейским народам античную мысль, предпочитавшую искать доказательства посредством инструментов Разума. Столкновение Веры со спекулятивным скептицизмом вызвало, с одной стороны, модернизацию христианства (протестантизм и его толки)², а с другой – привело к рационализации мышления – к отделению науки от религии. Это была безуслов-

² Важно заметить, что сама направленность модернизации традиционной веры, ее идеологическое, так сказать, обоснование, преподносились «апостолами»

ная *революция*, состоявшая в секуляризации Разума, для которого стало жизненно необходимой собственная реализация вовне, в сфере природы и сфере социума. Революции в мире идей всегда вызывают революции в мире людей.

Таков смысл Нового времени как эпохи. *Эта эпоха по праву считается новой потому, что человечество открыло новый способ изменения окружающего мира – революцию.* Но в эпоху потрясений Нового времени старая концепция революции как идея возврата и неизбежность следования человека в замкнутом кругу предустановленных Природой (Провидением) политических форм была заменена идеей линейного Прогресса. Главным действующим субъектом Прогресса стал Демиург – homo faber (человек умелый), который потому умелый, что fortuna suae ipse faber (всяк кузнец своего счастья). Прогресс, таким образом, стал представлять собой непрерывное восхождение человека по своеобразной лестнице счастья, где каждая ступенька олицетворяла принципиально *новое бытие*, политическое в том числе. Это новое политическое бытие объявлялось новым потому, что во все большей степени соответствовало критериям Разума. Новое – потому что истинное! Эта концепция политической *новизны*, столь ненавидимая Платоном, скорее всего, и воплотилась в новом понимании термина revolutio. Революция теперь означала разрыв с традицией, во всяком случае с прошлой политической формой, и восхождение к *принципиально новому*. Чем радикальнее разрыв, тем революционнее революция, тем она очевиднее.

Эта принципиальная новизна рождалась на фоне бурных событий эпохи Реформации, в которых складывалось новое революционное право – право на революцию. В процессе формирования этого права можно выделить несколько этапов. Первый – начало спора светской власти с властью папы. Победа осталась на стороне светской власти. Теперь эта власть могла претендовать на то, что, будучи «Милостью Божие», она сама является викарием Бога на земле. Но сакрализация светской власти пошла дальше, что составило следующий этап становления революционного права. Протестантский тезис, что каждый истинный христианин (в лютеранском смысле, разумеется) обладает благодатью, следовательно, каждый может свободно общаться с Богом, приводит к выводу, что светский Государь, хоть и наместник

протестантизма как возвращение к традиционному, катакомбному христианству. По сути это была революция, ничего общего с традицией не имевшая!

Бога, но *не является обязательным звеном в цепи общения с божеством*. Это был самый мощный удар по зданию авторитета власти монарха! Третий, заключительный этап становления приводит к мысли, что каждый индивидуум суверенен настолько, насколько способен к общению с Богом! Как следствие – публичная власть не столь уж *божественна, неотъемлема и независима* от коллектива суверенных индивидуумов – избранных Бога!

В основании же этих этапов становления революционного права, безусловно, лежит догмат о предопределении, расколовший западный христианский мир на католиков и протестантов. Различное понимание католиками и протестантами идеи спасения (добрыми делами или только верой) в конце концов провоцирует появление Духа Революции как проявления крайнего индивидуализма, не имеющего ограничений во внешнем мире. Требование Лютера «творить внутри себя Христа» ставит нового «богобоязненного индивидуума» вне рамок старой социальной организации общества. «Свобода творения Христа» требует проповеди индивидуальной свободы – свободы совести; теперь каждый может и должен молиться, как он хочет. Эта проповедь индивидуальной свободы, абсолютной охраны прав личности (гипертрофированные формы которой мы видим сейчас на Западе: охрана прав сексуальных меньшинств, например), а если брать масштабно – зарождение идеологии гражданских (политических) прав и свобод человека – приводит к революциям, сокрушающим Традицию, внешней формой которой была государственность, построенная на старых христианских ценностях.

Итак, суммируя наши размышления, отметим следующее. В основе любой революционной идеологии (буржуазной, социалистической, религиозной и т.п.) лежит идея «правильного», «истинного» развития общества. Эта идея обожествляется, она становится идолом (в бэконовском смысле), в нее должно верить, ее проверка Разумом невозможна! Таков парадокс любой революции – отсутствие Откровения Бога превращает революцию в Откровение Разума – в его игру. А когда Разум играет, он – позитивен, он руководствуется только самим собой, его свобода в установлении правил игры неограниченна! Эта неограниченность означает отсутствие моральных оценок! Поэтому работа революционной мысли, то есть идеологии, воплощается в попытке создания новой социальной действительности, но освобожденной от критерия моральной оценки! Мораль – это наследие Традиции, а Традицию необходимо разрушить, чтобы освободить силы Разума для свободной

игры. Лучше всего это сделать посредством формирования новой морали и новой религии. Но новая мораль и новая религия при этом освобождаются от необходимости сравнения с определенным критерием, с догмой. Они хороши только лишь потому, что они новые, они революционные. В этом находят оправдание революции, ее, так сказать, *causa finalis* (окончательное основание), ее сверхреволюционное право, справедливость в высшей инстанции.

* * *

Выделенные классификационные черты революции позволяют нам определить типы политических революций. Таковых мы насчитали три.

Революция как акт модернизации

Итак, по образному выражению Жоржа Сореля, известного французского деятеля синдикалистского движения начала прошлого века, революция есть не что иное, как продолжение прежней политики, но более радикальными средствами. Это определение сразу же позволяет нам увидеть главный парадокс революции: как бы радикальна она ни была, революция никогда не служит средством тотального прерывания традиции, в чем сразу же обнаруживается ее противоречивость как средства «исправления проклятой действительности». Общество, прошедшее горнило революционных испытаний, содержит в себе процентов 70 прежнего социального материала. Коммунисты называли этот материал вслед за Марксом «родимыми пятнами». Поэтому даже такая парадоксальность революции говорит нам о том, что она не может быть понята односторонне, как смена одной формы другой. И дело здесь даже не в быстроте производимого изменения. Качественное отличие революции от других социальных изменений заключено в мутациях сознания людей. Следовательно, всякая революция есть повреждение умов, разложение нравов и перерождение общественного сознания³. Это и позволяет нам утверждать, что революция происходит не в мире и даже не в обществе, а в сознании людей. Так почему же мнутся народы?

Как мы уже установили, этимологически термин «революция» представляет собой кальку с латинского *revolutio* – «откатываться»,

³ Язык, согласно еще платоновской традиции, представляет собой отражение нашего сознания, данного в формах мышления, следовательно, язык может служить прямым свидетелем состояния сознания, в том числе и общественного. См. в этой связи описание деградации русского языка, пренебрежения его грамматическими нормами, которые принесла наша революция: Селищев А.М. Язык революционной эпохи. М., 1926.

«катиться назад» и ничего сам по себе не объясняет. Самое простое объяснение этому термину, которое можно дать, представляет собой механическое описание событий, составляющих фактическое тело революции. Революция, таким образом, есть насильственное свержение прежней власти в обществе, в результате которого устанавливается *от-носительно* новый социальный порядок, происходит массовое изменение в правящем классе (элите), меняется язык общества, меняется сознание, менталитет народа, ставшего жертвой революции⁴. Неопределенность, вернее, масштабность происходящих событий в рамках социальной революции зачастую позволяет применять к революционным потрясениям события более мелкого масштаба: дворцовые перевороты, национально-освободительные войны и пр. Широта объема понятия «революция» позволяет распространять его и на явления развития техники. Однако критерием во всей этой веренице больших и малых событий должно быть что-то одно, то, что позволило бы с определенной достоверностью говорить о конкретном событии именно как о революции.

Как известно, всякое историческое общество может и должно быть отнесено к определенному цивилизационному типу, для которого характерна однородность, яркость и законченность форм, в которых общество дано нам в представлениях – отдадим дань старику Канту. Основой этой познавательной ценности социальных форм является идея или группа близкородственных идей, повторим мы снова вслед за К.Н. Леонтьевым, не позволяющая обществу распасться на фрагменты. Общество становится своеобразным «домом идеи», существующим во времени. И здесь мы вполне осознанно можем допустить аналогию с «иероглифом разума», каковым становится в том же временном потоке государство, – отдадим дань и гению Гегеля. Общество, как и государство, собственно, есть не что иное, как порождение идеи, всякое общество и всякое государство идеократично в своей основе. Идея – вот истинный бог человеческой истории.

Этот дом идеи устойчив к внешним воздействиям до тех пор, пока его квартиранты проявляют энергию созидания. За свою историю дом может и должен перестраиваться. Но коренная ломка сродни пожару, похожему на революцию, приведет к полному уничтожению общего строения.

⁴ См. собирательное описание событий, составляющих фон революции: Eisenstadt S.N. Revolution and the transformation of societies. NY, 1978. P. 2–3.

Конечно, наше сравнение весьма условно. Но изменения в конструкции дома сродни тому, что является целью любой революции. Цель же любой революции – достижение большей эффективности в управлении обществом. Иными словами, цель революции состоит в модернизации общества. Последнее обусловлено логикой или социальностью той идеи, которая идет на смену старой. Любая новая идея, подчеркнем мы, новая идеология склонна рядиться в одежды прогресса. Поэтому модернизация, или обновление общества, преподносится как прогрессивное начинание, позволяющее обществу в целом справиться с новыми задачами, стоящими перед ним. Иногда задачи остаются старыми, но эффективность их решения все равно ставится во главу угла.

Парадокс, тем не менее, идеи модернизации – the civilisation of modernity – заключен в том, что современность знает только одну форму модернизации, которую выдвинули еще первые так называемые буржуазные революции на континенте. И эта форма есть идея европоцентризма, когда в основание общественных отношений допускается исключительно идеал общества, выработанный европейской, романо-германской по преимуществу, цивилизацией. Причем основой пресловутого европоцентризма является модифицированный антропоморфизм, выработанный культурой Ренессанса в самом широком смысле слова. Само определение понятия модернизации, как кажется, наводит на такое сравнение: как пишет г-н Крадин, это «процесс социально-экономического, культурного и политического преобразования традиционного общества в индустриальное, формирование либерально-демократических институтов правового государства и гражданского общества»⁵. Возможно, подобное определение и не вызовет изначального отторжения, но насторожиться есть от чего. В подобном определении нам предлагают сравнение с масштабом, основание которого положено *вовне* процесса сравнения. Вам просто предлагают слепо тянуться к идеалу, в формировании которого вы участия не принимали. Модернизация, одним словом, это почему-то подражание формам западноевропейской цивилизации. Получается, что модернизация – это лишение вас собственной самобытности. Именно эта связь идеи модернизации с европейской культурой послужила в свое время объектом убийственной критики первых евразийцев⁶, но, к сожалению, так до сих пор и не утратила актуальности. Впрочем, не эта пробле-

⁵ Крадин Н.Н. Политическая антропология. М., 2001. С. 152.

⁶ См.: князь Трубецкой Н.С. Европа и человечество. София, 1925.

ма составляет предмет настоящей статьи. Но помнить о своеобразной идеологической ущербности идеи модернизации необходимо.

Парадокс, таким образом, состоит в том, что мы не можем логически убедительно доказать, почему установлена связь между идеей модернизации и идеей европоцентричности, в которой нет места традиционным ценностям, в том числе ценностям, имеющим христианские корни. Отчасти это положение возможно объяснить, опираясь на общую идею детерминизма. Дескать, поскольку европейская цивилизация по своим определенным причинам получила необходимое могущество, господство над миром, то подражание ей гарантирует подражающему свободу от конфликтов, хотя бы прямых, с таким миром. Но в идее детерминизма нет рационального зерна, поскольку общая логика этой конструкции требует воспроизводства заведомо невозможного: создания одинаковых сущностей в неодинаковых средах. В противном случае сама конструкция рушится с оглушительным треском, поскольку сталкивается с очевидным противоречием – невозможностью творения из разных причин одинаковой социальной действительности. В результате, когда, тем не менее, апологеты европеизма навязывают миру свою конструкцию, в итоге получается нечто чудовищно уродливое вроде советского коммунизма, корни которого – в европейской, западной цивилизации, а не в русской истории.

Впрочем, чаще выдвигают – так, во всяком случае, было в советское время – другое обоснование, чисто утилитарного свойства. Современная система международных отношений покоится на идее государственного суверенитета, ведущей свою родословную от 1648 года – года окончания Тридцатилетней войны в Европе, завершившейся Вестфальским миром. Двойственность идеи суверенитета заключена не в том, что каждое государство равно с точки зрения права перед другим, а в том, что идея суверенитета служит своеобразным предлогом к его постоянному несоблюдению. Войны, ведущиеся суверенами, теперь абсолютно законны. Хотя государства равны, но их равенство обеспечивается силой, являющейся продолжением государственного суверенитета, его внешним проявлением. По сути идея суверенитета есть идея силы, ее законного использования. Следовательно, прав тот, кто сильнее. Критерием силы сейчас, как и всегда, служит военная мощь. Чем мощнее в военном отношении государство, тем оно сувереннее.

Этот идеал – необходимость модернизации – предопределен овладением хотя бы азами европейской культуры в области промышленности

и военного дела, и преподносится он исключительно в неразрывной связи с необходимостью достижения его только через приобретение, перенесение на новую почву политических форм, характерных для европейской же системы государственности. Еще проще – степень модернизации зависит от степени обезьянничания перед идолом европейской демократии. По сути такая модернизация означает повторное издание Перестройки!

Но и здесь не все так просто. Идеал европейской демократии плохо работает в самой Европе. Время его появления и выкристаллизовывания практических форм совсем недавнее – середина прошлого века. Прежде чем он превратился в идеологическое клише, немалое число европейских народов было превращено в навоз истории. Есть одно расхожее французское выражение: “il ya des peuples necessaries” (есть необходимые народы), его очень любили основоположники научного коммунизма, когда возникала острая необходимость принесения какой-нибудь несчастной народности в угоду мировой революции. Так вот, необходимые народы суть те, которые в разные периоды истории играют по преимуществу прогрессивную роль в истории, тогда как другие народы реакционны и недостойны существования. «Нет ни одной страны в Европе, – вещал Энгельс, – где в каком-нибудь уголке нельзя было найти один или несколько обломков народов, остатков прежнего населения, оттесненных и покоренных нацией, которая позднее стала носительницей исторического развития. Эти остатки нации, безжалостно растоптанной, по выражению Гегеля, ходом истории, эти обломки народов становятся каждый раз фанатическими носителями контрреволюции и остаются таковыми до момента полного их уничтожения или полной утраты своих национальных особенностей, как и вообще уже самое их существование является протестом против великой исторической революции»⁷. Поэтому самым необходимым народом в истории оказались англосаксы, поскольку только они смогли выработать истинные стандарты демократии, и даже просвещенные немцы и французы вынуждены были следовать у них в фарватере. Вывод напрашивался сам собой, и вывод единственный: «В ближайшей мировой войне с лица земли исчезнут не только реакционные классы и династии, но целые реакционные народы. И это будет прогрессом»⁸.

⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. Т. 6. М., 1957. С. 183.

⁸ Там же. С. 186.

Таким образом, мы все время сталкиваемся с подменой понятий при попытке позитивного определения сути модернизации как революционного политического процесса. Идея модернизации, говоря иными словами, есть не что иное, как очередной идеологический лозунг, ничего не объясняющий, но претендующий на абсолютное знание социальной действительности. Абсолютность этого лозунга заключена в том, что лозунг этот заключен в цепи действий по разрушению традиционных обществ, по каким-либо причинам предназначенным к заклятию. И вся виртуозность политического властвования заключается теперь только в том, чтобы заставить жертву саму добровольно явиться на бойню и поднести палачу топор!

Последнее не является фигурой речи, это констатация факта. Посмотрим, к примеру, на другой возможный акцент идеи революции. Ее, так сказать, религиозное оформление. В науке существуют и консервативно-религиозные концепции революции. Отставим, пожалуй, как сугубо нереалистичные теорию Эдмунда Берка и им подобные концепции революции как воздаяния за прошлые грехи. В этом мы можем видеть весьма примитивный детерминизм: грех как причина революции. Тогда революционность составит главную черту человеческого, станет его своеобразным критерием, если вспомнить о невозможности искупления первородного греха. Гораздо более позитивного, как кажется на первый взгляд, несет в себе концепция классика европейской консервативной мысли – графа Жозефа де Местра.

Согласно его концепции революция представляет собой действие акта Провидения, посредством которого общество перерождается, проходит горнило очищения. Такова главная идея его известных *Considérations sur la France*, составивших собой эпоху в политической мысли Европы. Но на самом деле перед нами аллюзия хорошо известной идеи революции как акта модернизации, замаскированная под популярную в век Просвещения концепцию прогресса. Концепция прогресса, так как она сложилась в европейской же исторической мысли, есть не что иное, как отражение секуляризированной идеи христианской эсхатологии. Поэтому в действительности даже концепция революции как акта проявления Вышних сил покажется нам мало убедительной.

Следовательно, перед нами встает проблема: либо попытаться доказать несовместимость тождества понятия модернизации с понятием европоцентричности, либо попытаться проанализировать другую концепцию. Революции как акта, например, деградации общества.

Революция как акт деградации

Первое, на что обращает внимание всякий непредвзятый исследователь революций, это то, что революционные события никак не могут показаться верхом совершенства, апофеозом порядка, как его понимает средний человек. Причем непредвзятость понимается в данном случае как отсутствие связи ученого, исследующего феномен революции, с теми идеями, которые эта революция проповедует. Иными словами, он не должен быть ни революционером, ни контрреволюционером.

Именно при таком подходе мы увидим, что революция будет представлять собой своего рода концепт по излечиванию беспорядка. Революция, таким образом, если снова обратиться к опыту Жозефа де Местра, будет являть собой порядок в мире беспорядка. Здесь мы сталкиваемся с очередным парадоксом нашего сознания, отражающего социальную действительность. Социальная действительность, коренная причина появления которой лежит в сознании людей, не может не быть по сути своей энтропийной, поскольку сознание людей крайне противоречиво. Сейчас не место обсуждать этот феномен, важно то, что общество (социальная действительность), тем не менее, существует в устойчивых формах, то есть в упорядоченном состоянии. При ответе на вопрос, что же сообщает обществу упорядоченность, нам не обойтись без углубления в теорию коммуникации, как она представлена, например, в трудах таких ученых, как Никлас Луман и Норберт Винер. Конечно, наш выбор чисто субъективен, при желании можно было бы найти других авторов, следуя *argumentum ad autoritatem*.

Предположим, что общество есть лишь род социальной действительности, отличной от другой только тем, что общество представляет собой организационную форму такого социального явления, как власть. Содержание общества, таким образом, можно будет представить в виде бесконечного числа актов общения, взаимодействия его субъектов по поводу власти. Политическое господство органично представляет собой форму относительного неравенства, имеющего внешнее выражение в виде отдачи приказа, структура которого представляет собой вид определенного коммуникативного действия⁹. Коммуникативность при-

⁹ Особенность приказа как проявления властной коммуникации (здесь нам не обойтись без прямой цитаты) заключена в том, что «власть отличается от других коммуникативных средств тем, что ее код требует от партнеров, то есть от обеих сторон, коммуникативного отношения, чтобы те редуцировали комплексность действиями, а не переживаниями». Луман Н. Власть. М., 2001. С. 34. Власть, иными словами, всегда порождает реальное действие, событие, а не бесконечные рефлексии!

каза заключена в том, что он содержит информацию по преодолению энтропии социальной действительности, и в том, что он есть акт взаимодействия между неограниченным кругом субъектов. Следовательно, проблема революции как акта деградации заключена в том, что власть начинает сама подвергаться воздействиям, которые изменяют ее природу, она сама становится подверженной энтропии. Поэтому революция как акт деградации есть всегда и акт деградации власти. Следовательно, сделаем мы еще один вывод, истинной причиной революции являются не «революционеры», не герои, не толпа, а сама власть, коммуникативные коды которой сбиваются!

Решение проблемы заключено в двойком опять-таки подходе. Либо наступает контрреволюция и власть восстанавливает свою императивную коммуникативность, либо власть обретает новое информационное содержание. Власть отдает теперь другие приказы, несущие в себе другую социальную информацию, порождающую иную форму упорядоченности общества, общество меняет свою структуру, но продолжает оставаться обществом *sub specie*. Показанная нами картина, кстати, очень хорошо ложится на факты нашей «февральской революции», она ее объясняет как нельзя лучше. Особенно это примечательно тем, что Керенского – признанного вождя русской демократии той поры – современники называли не иначе как «главноуговаривающий».

Решающим пунктом в изменении власти – смене ее в результате революции или удержании собственного положения – является, таким образом, информация. Опять не можем не удержаться от цитирования: «Информация – это обозначение содержания, полученного из внешнего мира в процессе нашего приспособления к нему и приспособления к нему наших чувств»¹⁰. Именно содержание информации является решающим как в борьбе с революцией, так и в ее раскручивании. Народы мнутесь тогда, когда содержанием информации становятся идеи, способные на завоевание умов, то есть на творение определенной социальной действительности. Проблема заключается только в том, что продолжает существовать при этом неустранимое неудобство, выраженное в невозможности определения истинного масштаба этих идей. Идея – это бог человеческого общества, но, как и Бог, идея зачастую весьма изощрена, но не злонамеренна. Одним словом, всякая идея, предназначенная к реализации, трактуется как благо. Другое дело, что результат воздействия этого блага на власть и на общество,

¹⁰ Винер Н. Кибернетика и общество. М., 2003. С. 19.

как правило, непредсказуем. Тем самым мы подходим к последней возможной форме определения революции – революции как явления, лежащего «по ту сторону добра и зла».

Революция an-sich

Третий возможный тип революции представляет собой процесс, резко отличный от двух предыдущих определений. Основу данного определения революции можно выводить из общих законов развития Вселенной, где нет места добру и злу, а все присутствует в неразрывном единстве. Этот старый манихейский взгляд на мир (по сути альбигойская ересь), вдохновлявший Ницше, дает нам определение революции, скорее, как закономерного итога развития любой цивилизации, начало жизни которой было дано четкой идеей, воплощенной, в свою очередь, в не менее осязаемую форму. Революция, таким образом, предстанет перед нами в виде неизбежного процесса извращения изначальной идеи, вызванного, как это может показаться на первый взгляд, странным, высоким полетом человеческой мысли. Полет этот обычно провоцируется декартовским постулатом: *cogito ergo sum* (мыслю, следовательно существую), что вызывает высокое мудрствование, перерабатывающее идею, превращающую ее в доступную массам истину, но от этого перестающую быть сакральной тайной. Власть всегда должна быть тайной – это очень хорошо видно на примере человеческой цивилизации вплоть до недавнего времени. Впрочем, так называемая гласность, преподносимая как один из конституционных принципов современного либерального общества, компенсируется с лихвой развитой сетью тайных обществ, составляющих зачастую истинный центр принятия решений в государственном аппарате современного государства.

Это обмирщение идеи, перефразируем Маркса, вызывает перерождение ее самой, идея убивает саму себя, порождая антиидею, но стремящуюся остаться в доме своего рождения в старой форме первоначальной идеи. Добро и зло, таким образом, становятся неразличимыми не вследствие того, что имена добра и зла меняются местами (такое очень часто происходит в человеческой истории), а потому, что зло начинают творить во имя добра и, делая благие дела, неизбежно приходят ко злу.

Общество, в котором начинает господствовать антиидея – манихейская ересь, входит в состояние революционности, которое может

быть и часто бывает перманентным¹¹. Наиболее яркие примеры этому – Франция и Россия. Именно здесь традиционные исторические формы власти претерпели самое радикальное разрушение. Посмотрим на факты. Великая Французская революция длилась четверть века, с 1789 по 1814 год, закончилась реставрацией Бурбонов, но весь XIX и половину XX века Францию лихорадило, и ей пришлось пережить конституционные формы еще одной империи и четырех республик! Русская революция, начавшись с катастрофы марта 1917 года, продолжилась в четырех большевистских конституциях, войдя после августа 1991 года в фазу контрреволюции. В результате – тотальное отсутствие легитимации политической власти, управляющей страной. Подспудно перманентность русской революции ощущалась в такой банальной вещи, как перекидные календари советской эпохи, на каждом листочке которых имелась надпись: «такой-то год Великой Октябрьской социалистической революции». Не столько-то лет прошло, а столько-то лет есть.

* * *

Выявленные исторические типы революций роднит одно – наличие в их основании своей собственной *causa remota*, которой пытаются их оправдать. Говоря другими словами, показать историчность, закономерность революции как исторического события. Революционер, даже самый отпетый, нуждается в обосновании правильности своих действий. Иными словами, революционному правопорядку жизненно необходима легитимация, причем желательно правовая легитимация.

Общая теория легитимности права

Право и государство – а последнее для нас есть правовой институт, – как известно, обладают весьма условным характером реальности своего бытия. Ни государство, ни право, выражаясь грубо, пощупать нельзя. Реальность права и государства – идеального порядка. Это первое, что необходимо учитывать. Идеальность права и государства

¹¹ Французскому историку Альберту Сорелю, автору восьмитомной истории Французской революции, принадлежит одна интересная мысль, оброненная им мимоходом и не получившая должного развития. Тем не менее Сорель сделал верное наблюдение по поводу временных рамок всяких революций, особенно об их конце. Так, вот, всякая революция заканчивается тем, с чего началась! Всякая революция заканчивается реставрацией, а не контрреволюцией, как обычно думают! Формально так оно и есть! Впрочем, еще Гоббс писал, что целью Великого мятежа (Great Rebellion) в Англии была реставрация. Не менее парадоксальный вывод!

имеет тот эффект, что о факте существования правовых феноменов мы судим по последствиям, по результатам их воздействия на поведение людей. Это второе. Такая своеобразная структура правовой реальности представляет собой зеркальное отражение механизма воздействия права на его адресаты. Механизм этот имеет вид каузальной связи, структура которой имеет несколько уровней причинности. Право – это причина поведения людей, имеющая свою, так сказать, причину, причину в квадрате. И это третье, что имеет для нас основополагающий характер.

Право, таким образом, есть система правил поведения людей, обоснованных строго определенным образом. В этом отличие права от других правил поведения. Обоснованность права и есть его легитимация – то, что служит его главной причиной – *causa prima* (первоначальная причина). Хотя, скорее, под обоснованностью понимается, разумеется, нормальное состояние правопорядка, так глубоко в основание действенности права не заходят, руководствуясь известной максимой: *causa proxima, non remota spectatur* (во внимание принимается ближайшее основание, не дальнее). Но в случае революции, особенно когда революционный процесс изобилует изломами, контрреволюциями и т.п., возникает вопрос именно о главном основании правопорядка. Легитимность его, таким образом, будет представлять собой положение, благодаря которому данный правопорядок считается или является действенным.

Обычно в этом очень сложном вопросе стараются апеллировать к классической теории легитимности, выработанной в свое время Максом Вебером. В общем и целом все так называемые типы легитимности, по Веберу, сводимы к одному простому действию. Все они представляют собой отсылку к санкции, представляющей собой цивилизационно обусловленные типы порядка. У разных обществ представление о порядке может различаться. Тем не менее идея порядка одна – это внешний по отношению к субъекту объективный императив, не зависящий от воли субъекта, санкционирующий внешнее же поведение субъекта. Таким образом, как мы выяснили, хотя идея порядка одна, но ссылок на нее может быть много. Эти ссылки классифицируются Вебером в типы легитимности, представляющие собой типы повседневной легитимации, не имеющей отношения к *правопорядку*. Порядок права – само это выражение говорит о том, что в правовой системе легитимация в принципе черпается из самой системы. Эта всеобщая тавтологичность

выполняет мощную гносеологическую функцию. Поскольку знание здесь обусловлено непосредственно самим собой, в этом и заключается всеобщий принцип позитивизма как науки.

Но, возвращаясь к правопорядку, мы можем утверждать, что норма права, как элемент этого правопорядка, есть норма не потому, что ее кто-то назначил быть нормой, а потому, что она **есть** норма по сути. Следовательно, чтобы назвать порядок правовым, этот порядок должен уже содержать в себе элементы права. Поэтому главный вопрос – как порядок получает эти самые элементы права – сводим к проблеме легитимации порядка. Легитимация порядка – это и есть механизм превращения порядка в правопорядок.

Легитимация, если пользоваться кантовским приемом определения сути вещей, возможна только в условиях правового сообщества, которое представляет собой определенную ступень цивилизации – во все не отдаленную, как могут подумать. Легитимность правопорядка, следовательно, есть его состояние в виде определенной группы норм, функционирующей в качестве определенного правового масштаба. Иными словами, этот масштаб должен уже существовать, и этот масштаб есть уровень развития цивилизации. Легитимность, соответствующая степени цивилизованности, таким образом, может изменяться вслед за изменениями самой системы правопорядка, которые спровоцированы внешними изменениями: войнами, революциями и т.п. Но степень легитимности не означает полную возможность ее упразднения вслед за умалением цивилизованности общества. Пока цивилизация сохраняет свою внутреннюю идею – то, что делает цивилизацию цивилизацией известного рода, – ее легитимация как правового сообщества гарантирована.

Механизм подобного превращения, или, точнее выражаясь, юридическая конструкция его, представляет собой конструкцию юридического факта. Поэтому первое, на что следует обратить внимание, – это констатация известного принципа, без которого невозможна оценка (масштаб измерений) изменений с точки зрения права. Этот принцип звучит следующим образом: «всякое изменение есть факт, но не всякий факт есть факт права». «Революция не является фактом права» или «революция является фактом права» – суть утверждения, основание которых и должно быть раскрыто в проблеме легитимации. Факт права, таким образом, как и механизм легитимации, – это событие, созданное по правилам, санкционированным правом.

Революция является, согласно нашей точке зрения, фактом, созданным вопреки существующему правопорядку, она не есть факт права и как таковая представляет собой событие дисконтинуитета правового порядка: его разрыва и даже гибели. Следовательно, утверждение легитимности вновь созданного революцией правопорядка возможно исключительно только по основанию из него же самого. И это при условии, что революционный правопорядок считается правовым, то есть этот порядок порожден новой идеей, вызвавшей к жизни новый цивилизационный тип. Но в этом, как и в другом случае, случае апеллирования к старому обществу (попытке установить правопреемство с ним), дисконтинуитет будет тем препятствием, которое не позволит говорить о новом обществе как о правовом.

Нельзя сказать, что ситуация выглядит безнадежной. Само право может самостоятельно преодолевать собственный дисконтинуитет, используя ряд юридико-технических приемов.

К первому мы отнесем прием юридической *фигции* или *презумпции*. Суть такой *elegantia iuris* (юридической тонкости) будет заключаться в том, что «дисконтинуитета *как бы* не существует». Обоснование этому приему можно найти в политической необходимости существования подобной фикции. Можно даже говорить о политической целесообразности подобной ситуации. В противном случае, если этого не делать, придется признать возможность правотворения в обход существующих органов государства, уполномоченных заниматься легальным правотворчеством. В связи с чем вся система права подверглась бы испытаниям на прочность из-за политических разногласий господствующих в обществе сил, претендующих на свое особенное правотворение.

Тем не менее недостаток этого приема коренится в его достоинстве. Главный правообразующий фактор превращается в условиях фиктивности рано или поздно в произвол политических лиц. В приеме фикции мы, иными словами, видим такое свойство права, как его консерватизм, нежелание его идти равно как на радикальные демократические, так и на антидемократические уступки в угоду «текущему политическому моменту» по форме, но не по существу.

Ко второму мы отнесем хорошо известный постулат, выработанный еще в эпоху Средневековья, – *ex factis oritur ius* (из факта создается право). Данный постулат хорош в условиях становления действительно нового общества. Но его легитимирующая сила скажется только

через довольно продолжительное время. В противном случае необходимо будет изыскивать средства доказывания, что сам факт, провоцирующий новое правовое состояние, создается в условиях порядка, хотя бы логически выводимого из правового статуса. Иначе сам принцип можно будет перефразировать: «из силы создается право». Такое кулачное право чревато провоцированием нестабильности правовой системы, основанием которой служит.

К третьему приему относится известная конструкция *causa remota* (отдаленное основание) или *fons remota* (еще более отдаленное основание). Это то «отдаленное основание», та первопричина правопорядка, которая неотделима от первоначальной идеи его самого – исторически данного цивилизационного типа государства и права. Проблематичность использования этого приема легитимации заключается в том, что зачастую под отдаленную причину подводят сугубо идеологические концепции, вряд ли имевшие место в начале развития конкретного исторического типа государства, как-то: Бога, народный суверенитет, общественный договор, общечеловеческие ценности и т.п. Иными словами, главная проблема отдаленного основания легитимности правопорядка – действительно обнаружить это основание. Но ценность этого приема заключена в том, что, несмотря на возможную идеологическую подоплеку собственной *causa*, прием этот обеспечивает легитимацию реставрации. Причем под реставрацией возможно понимание не восстановления дореволюционного режима властвования, а восстановление связи с традицией, с той *fons remota*, которая дала жизнь наблюдаемому нами историческому феномену.

Но одновременно с этим данная конструкция лучше всего подходит к заданной цели – правовой легитимации *нового политического режима*. Утверждаемое можно проиллюстрировать на примере российской действительности. Так, выдающемуся русскому юристу Н.М. Коркунову принадлежит блестящая догадка о характере природы русского правопорядка и государства. Сейчас мы можем даже говорить, что в теории Коркунова содержится ответ на вопрос о *causa remota* русской государственности. Напомним: он считал, что право, власть и государство в России представляют собой явления, обусловленные действием силы глубокого психологического порядка. Этот порядок, да извинят нас невольную тавтологию, есть не что иное, как четкое осознание подвластными себя самих как подвластных. Русский правопорядок, как и государство, таким образом, являлись идеальным проявлением верований

русских людей, народов, населявших Россию и принявших ее подданство, в подчинение Власти, носившей строго персонифицированные черты Самодержавия, Власти Царя! Характер этих верований носил четкие формы личной доверительной связи с Самодержцем. Причем важно подчеркнуть, что правовая форма русского самодержавия полностью сформировалась только в рамках римско-правовой концепции власти принцепса: *cum ipse imperator per legem imperium accipiat* (Gai. I. 5). Власть Царя потому считается Верховной и законной, что покоилась на праве, установленном фактом с силой *causa remota*. И именно этот исторически выпестованный в России тип политической власти и является основанием легитимности ее правопорядка. Этот тип власти, что совершенно очевидно, представлял собой исторически заимствованный из Византии тип императорской власти. Но события 1917 года изменили форму исторической русской власти. Банально – место римского кесаря занял коммунистический вождь, положение усугубилось вкраплениями олигархического правления. Но суть основания оставалась прежней – осознание подвластными себя в качестве таковых. Беда большевизма и следующих за ним режимов заключается в том, что они за все время своего господства не пытались удостовериться в этом.

Из сказанного следует: **форма власти (*potestas*), обусловленная русской исторической цивилизацией, то есть осознание подвластными своей зависимости от этой власти, и есть, мы утверждаем, та единственно возможная сила, *causa remota*, на которую возможна ссылка при определении легитимности существующего в конкретный исторический момент режима (правопорядка) в России.**

Из этого постулата вытекает со всей неизбежностью ряд выводов, которые необходимо учитывать в дальнейшем. Первое: не всякий режим, правопорядок в нашей стране после 1917 года и вплоть до сего дня может считаться легитимным. Второе: легитимность режимов после 1917 года в России, как правило, зависела исключительно от степени генетического родства данного режима с русской исторической формой власти.

Библиографический список

- Винер Н. Кибернетика и общество. М., 2003.
Крадин Н.Н. Политическая антропология. М., 2001.
Луман Н. Власть. М., 2001.

- Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч.// Т. 6. М., 1957.
Селищев А.М. Язык революционной эпохи. М., 1926.
Трубецкой Н.С. Европа и человечество. София, 1925.
Castberg F. Rett og revolusjon i Norge. Oslo, 1977.
Eisenstadt S.N. Revolution and the transformation of societies. NY., 1978.

Revolution and Legal Order (to the Problem of Legitimation of the New Political Regimes) (Summary)

*Maxim A. Isaev**

Shocks that have been provoked by the revolution often change political and legal order in the countries undergone revolutionary collapse. One of the results of the revolution is the problem of legitimation of the new political regime. In practice the issues of recognition of the new state in international affairs. The present article analyses typology of revolution as political and legal phenomenon; it also examines possible ways of legitimation of the new state power.

Keywords: Revolution and legal order; state succession; legality and legitimation; new political regime; recognition of the new state.

* Maxim A. Isaev – Doctor of Laws, assistant professor, professor of the Chair of Constitutional Law, MGIMO-University MFA Russia. isaeff.maximanatoljevitch@yandex.ru.

Проблемы устойчивости глобального правопорядка

*Байльдинов Е.Т.**

В статье рассматриваются условия, при которых возможно достижение и/или поддержание устойчивого глобального правопорядка. На основе анализа доктрины автор приходит к выводу о том, что судить об устойчивости глобального порядка (правапорядка) можно при их совокупном наличии.

Ключевые слова: устойчивость глобального развития; глобальный правопорядок; международный правопорядок; гармонизированная глобальная правовая система; моральное право.

Устойчивое развитие как сохраняющееся во времени и пространстве динамическое состояние сбалансированности интересов всех субъектов рассматриваемой общественной системы (состояние социальной гармонии) по сути являет собой наиболее устойчивый общественный порядок, для достижения и/или поддержания которого требуются определенные условия. В чем заключаются эти условия, определяющие устойчивость некоего общественного порядка, в том числе международного и глобального? Анализ литературы, посвященной вопросам обеспечения устойчивости глобального развития (глобального порядка), позволяет сделать вывод о наличии двух крупных блоков научных и практических проблем в данной области. Если первый блок проблем связан с отсутствием в доктрине единого и достаточно ясного видения собственно самой сущности устойчивого глобального (или мирового) порядка, его основной цели, сущности соответствующего этой цели глобального правопорядка, путей и методов его формирования, то второй – со значительным расхождением во взглядах разных исследователей на то, что определяет устойчивость такого порядка (правапорядка). При этом следует сказать, что международно-правовая наука представлена большим количеством работ, посвященных проблемам международного порядка и международного правопорядка¹. Однако

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

¹ См., напр.: Евинтов В.И. Международное сообщество и правопорядок: анализ современных концепций / АН УССР. Институт государства и права. Киев, 1990;

доктрина глобального порядка и глобального правопорядка развита в меньшей степени и представлена в основном работами политологического и социологического направления, а ее правовое и международно-правовое направление остается пока еще малоисследованным. Также недостаточно развита и доктрина соотношения международного и глобального порядков².

В отличие от проблематики международного правопорядка, которая отражена в трудах И.П. Блищенко, Г.И. Тункина, И.И. Лукашука, А.П. Мовчан, К.К. Сандровского, И.А. Ушакова, С.В. Черниченко, Ю.М. Колосова, Н.Е. Тюриной и многих других авторов и достаточно глубоко исследована, в доктрине до сих пор отсутствует ясное, однозначное, достаточно стойкое, общепринятое видение сущности глобального (мирового) порядка, несмотря на наличие ряда серьезных работ по данной проблеме³. Вариации представлений содержания глобального (мирового) порядка довольно многообразны и колеблются между крайне оптимистическими и крайне пессимистическими. К примеру, К. Ясперс понимал глобальный порядок как «принятое всеми устройство, возникшее вследствие отказа каждого от абсолютного суверенитета, как общечеловеческие ценности и юридические нормы, как правовое

Мовчан А.П. Международный правопорядок. М., 1996; Решетов Ю.А. Современный международный правопорядок // Советский ежегодник международного права. 1986. М., 1987. С. 97; Тюрина Н.Е. Международный правопорядок. Казань, 1991; Ушаков Н.А., Энтин М.Л. Международный порядок: политико-правовые аспекты. М., 1986. С. 83; Черниченко С.В. Реализация международно-правовых норм // Советский ежегодник международного права. 1980. М., 1981. С. 59–64.

² См., напр.: Шаов И.К. Международный правопорядок и пути его совершенствования. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 31–37.

³ См., напр.: Загладин Н.В. Новый мировой беспорядок и внешняя политика России // Мировая экономика и международные отношения. 2000. № 1. С. 24; Шахназаров Г.Х. Социализм и будущее. М., 1983. С. 398; Шумилов В.М. Международное право и глобальная правовая система // Московский журнал международного права. 2002. № 4. С. 3–19; Эрххарт Б., Чайлдс Э. Мир нуждается в руководстве: завтрашний день ООН // Мировая экономика и международные отношения. 1990. №10–11. С. 119–120; Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 160; Falk R. The End of the World Order: Essays on the Normative International Relations. N.-Y.–London: Holmes and Meier, 1983. P. 40; Hoffmann S. L'ordre international // Traite de science politique. Vol. I. Paris, 1985. P. 675–681; Kirk R. The Roots of American Order. La Sale (Ill), 1975. P. 5; Rosenau J.N. Le nouvel ordre mondial? Forces sous-jacentes et resultants // Etudes internationales/ Vol. XXIII. № 1. Mars. 1992. P. 14; Ramonet I. Nouvel ordre global // www.monde-diplomatique.fr/1999/06/RAMONET/12177.html; Wengler W. Public International Law. Paradoxes of a Legal Order // Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague, 1982. Vol. 158. P. 77.

устройство мира посредством политической формы и связывающего всех этоса⁴. Под «связывающим всех этосом» К. Ясперс понимает общие для всего человечества этические ценности, которые и должны лежать, по его мнению, в основе глобального порядка. Мировая история до сих пор не знала подобного общественного устройства. Однако это вовсе не означает, что такой глобальный порядок невозможен в принципе: современный глобализирующийся мир достаточно четко обозначил тенденцию в данном направлении.

Т. де Монбриаль видит новый мировой порядок через призму «триады», в которую включает глобализацию, формирование общемирового гражданского общества, а также справедливую модель глобального управления⁵. Основой такого порядка являются общечеловеческие ценности и общепризнанные права человека.

Если говорить о западной доктрине глобального порядка в целом, то в ней, несмотря на всю ее значительную развитость, не существует единого представления о сущности глобального порядка и соответствующего последнему правопорядка. По мнению П.А. Цыганкова, если европейцы видят новый глобальный порядок как результат совместных усилий Запада по построению сообщества государств на основе либеральных ценностей и прав человека, то США исходят из своей исключительной роли в управлении миром⁶.

Что касается советской и российской доктрины, то она также представлена широким спектром взглядов на сущность глобального порядка и глобального правопорядка, в чем-то схожих, в чем-то значительно разнящихся между собой. Так, И.И. Лукашук определяет важнейшей особенностью глобального миропорядка гомоцентризм, означающий выдвижение на первый план прав и законных интересов человека, а также тот факт, что как международное право, так и национальное право «постепенно становятся правом социальной справедливости и общего благополучия»⁷. Г.И. Тункин считал, что международный и глобальный порядок (правопорядок) основывается на международной межгосударственной системе, в которую он включал а) государства;

⁴ Ясперс К. Итоги истории и ее цель. Вып. 2. М., 1991. С. 89, 91, 94.

⁵ Montbrial Thierry de. Le monde au tournant du siècle. Ramses 2000. L'entrée dans le XXI-e siècle. Paris, 2000. P. 13–17.

⁶ Цыганков П.А. Теория международных отношений. М.: Гардарики, 2003. С. 496.

⁷ Лукашук И.И. Глобальный миропорядок и США // www.rau.ru/observer/11-12_02/11-12_05.htm; Лукашук И.И. Мировой порядок XXI века // Международное публичное и частное право. 2002. № 1.

предгосударственные образования, борющиеся за независимость; межгосударственные организации и другие объединения государств; б) отношения между этими акторами; в) международное право и другие социальные нормы. При этом все эти три элемента, по его мнению, «живут в известной степени собственной жизнью»⁸. Ю.Н. Малеев считает характерной чертой грядущего миропорядка переход полномочий по принятию управленческих решений с межгосударственного, договорного уровня на наднациональный⁹. В.М. Шумилов понимает глобальный правопорядок как весь массив глобальных общественных отношений, урегулированных глобальной правовой системой, представленной нормами национального, транснационального, межнационального (международного) и наднационального права¹⁰.

Очевидно, что для уяснения сущности глобального порядка и глобального правопорядка необходимо опереться на базовые понятия «общественный порядок» и «правопорядок». В литературе по общей теории права достаточно глубоко исследованы вопросы сущности общественного порядка и правопорядка как взаимосвязанных и взаимообусловленных явлений¹¹. Практически все исследователи сходятся в том, что в самом общем виде общественный порядок есть некая организация общественных отношений на основе социальных норм и ценностей. Нам представляется это определение весьма удачным, однако не совсем полным. Любой общественный порядок на любом уровне (национальном, международном, глобальном) всегда преследует определенные социально (или политически) значимые цели. Поэтому данное определение можно было бы дополнить и выразить следующим образом. *Общественный порядок – это организация общественных отношений посредством всей совокупности социальных норм, направленная на достижение и/или поддержание определенных общественно значимых целей (ценностей)*. Что касается сущности правопорядка, то он понимается большинством авторов как «состояние урегулированности, организованности общественных отношений нормами права»¹².

⁸ Тункин Г.И. Право и сила в международной системе. М.: Международные отношения, 1983. С. 14–16.

⁹ Малеев Ю.Н. Перспективы международного управления // Вестник МГОУ. 2007. № 4 (29). С. 7–16.

¹⁰ Шумилов В.М. Концепция глобальной правовой системы // Юрист-международник. 2003. № 3. С. 46–52.

¹¹ См., напр.: Борисов В.В. Правовой порядок развитого социализма. Саратов, 1977. С. 35–57; Васильев А.М. Правовые категории. М., 1976. С. 181.

¹² См., напр.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 39–44

Таким образом, правопорядок является неотъемлемой частью общественного порядка и способствует достижению и/или поддержанию тех же, разумеется, общественно значимых целей, которые преследует общественный порядок. И именно как неотъемлемая часть общественного порядка правопорядок и понимается в целом в общеправовой доктрине¹³. Однако при этом некоторые авторы интерпретируют правопорядок как одновременно и цель общества, и средство достижения этой цели¹⁴. Нам представляется, что любой правопорядок, как и общественный порядок в целом, всегда направлен на достижение и/или поддержание важнейших общественно значимых целей (ценностей), а посему может выступать только средством их достижения. Кроме того, видение сущности правопорядка как состояния урегулированности общественных отношений нормами права нам также кажется не совсем полным по следующей причине. Анализ этимологического смысла словосочетания «правовой порядок» приводит по крайней мере к двум его значениям: во-первых, как некоего порядка в обществе, устанавливаемого и поддерживаемого при помощи правовых норм, а во-вторых, как некоего порядка внутри собственно самого права, как организованного определенным образом процесса формирования, систематизации и функционирования правовых норм. Именно этот второй смысл термина «правовой порядок», к сожалению, не был удостоен в доктрине должным вниманием. А между тем, и это очевидно, внутренняя организация собственно самого права имеет не менее важное общественное значение, чем и организация общественных отношений при его помощи. Таким образом, беря во внимание оба смысла термина «правовой порядок», последний можно определить как состояние урегулированности общественных отношений организованной определенным образом системой правовых норм.

Отталкиваясь от рассмотренных здесь понятий общественного и правового порядка, попробуем определить сущность глобального порядка и соответствующего ему глобального правопорядка как взаимосвязанных и взаимообусловленных категорий. *Глобальный порядок – это организация любых возникающих в глобальном масштабе общественных отношений (как внутригосударственных, так и выходящих за рамки национальных границ), направленная на достижение и/или поддержание наиболее важных и общих для всего человечества*

¹³ См., напр.: Явич Л.С. Социалистический правопорядок. Л., 1972. С. 23–25.

¹⁴ См., напр.: Борисов В.В. Указ. соч. С. 363; Васильев А.М. Указ. соч. С. 181.

целей (ценностей). Тогда глобальный правопорядок можно определить как состояние урегулированности любых общественных отношений, как внутригосударственных, так и выходящих за национальные рамки, организованной в глобальном масштабе системой правовых норм. Другими словами, глобальный правопорядок – это есть система международного и национальных правопорядков, организованных и гармонизированных между собой при помощи норм национального, международного и наднационального права.

Важнейшей характеристикой, определяющей состоятельность любого общественного порядка (правопорядка), является его устойчивость. Однако на вопросы, касающиеся, в частности, определения условий, при которых достигается и/или поддерживается устойчивость общественного (правового) порядка, ни общеправовая, ни международно-правовая доктрина не дают ясных ответов¹⁵. Более того, общеправовая и международно-правовая доктрина в качестве важнейшей задачи видит не обеспечение устойчивости общественного (правового) порядка, в том числе международного и глобального, а его укрепление или совершенствование, что на деле не является одним и тем же. Совершенствование общественного порядка (правопорядка) есть на самом деле движение к его устойчивости, например через более четкое определение важнейших общественных целей (ценностей), совершенствование на этой основе правового регулирования, создание эффективных механизмов реализации правовых норм вплоть до определения конкретных мер ответственности за конкретные правонарушения и т.д. Укрепление общественного (правового) порядка, скорее, будет означать обеспечение его соответствующими ресурсами, в том числе ресурсами принуждения. Устойчивость же некоего общественного (правового) порядка есть отражение его совершенства и прочности, но не наоборот: конечно, прочный порядок можно установить силовыми методами, но это вовсе не будет значить, что общество разделяет преследуемые им цели (ценности), и, следовательно, вряд ли можно считать такой порядок (правопорядок) устойчивым. Кроме того, установленный сегодня прочный порядок необязательно означает его прочность завтра. Устойчивость общественного порядка означает достижение и/или поддержание в обществе определенного уровня социальной гармонии в виде постоянного баланса интересов подавляющего

¹⁵ См., напр.: Поздняков Э.А. Движение системы межгосударственных отношений // Общественные науки. 1987. № 2. С. 59.

большинства членов общества. Именно это во многом будет определять и прочность (совершенство) общественного (правового) порядка¹⁶. Так, И.А. Ильин отмечал, что «...порядок жизни, признанный лучшим, признается лучшим не только для кого-нибудь отдельного, единичного человека, но и для всех людей¹⁷».

В этой связи нам представляется, что устойчивость общественно-го (правового) порядка является наиболее важной характеристикой, детерминирующей последний, а его прочность – лишь производной. При этом термин «совершенствование общественного (правового) порядка» в отличие от термина «укрепление общественного (правового) порядка», на наш взгляд, более адекватно отражает направление к обеспечению устойчивости, а значит, и прочности общественного (правового) порядка.

Анализ международно-правовой доктрины высвечивает следующие условия укрепления и совершенствования международного правопорядка:

- повышение эффективности норм международного права (Курдюков Г.И.¹⁸, Лукашук И.И.¹⁹, Сандровский К.К.²⁰, Тункин Г.И.²¹, Черниченко С.В.²² и др.);
- решение проблемы обязательной юридической силы международно-правовых предписаний²³;
- создание надежной системы международной безопасности²⁴;

¹⁶ Бовин А.Е. Мировое сообщество и мировое правительство // Известия. 1988. 1 февраля.

¹⁷ Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве // Соч.: в 10 т. М., 1994. Т. 4. С. 51.

¹⁸ Курдюков Г.И. Государство в системе международно-правового регулирования. Казань, 1979. С. 12.

¹⁹ Лукашук И.И. Право международной ответственности. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 57–64.

²⁰ Сандровский К.К. Проблемы законности и правопорядка в международных отношениях // Вестник Киевского ун-та: Международные отношения и международное право. 1986. Вып. 23. С. 16.

²¹ См.: Курс международного права. Т. 1. М., 1989. С. 29.

²² Черниченко С.В. Реализация международно-правовых норм // Сов. ежегодник межд. права. 1980. М., 1981. С. 59.

²³ См., напр.: Enhancing Global Government Towards a New Diplomacy? UN University Press. Tokyo. New York. Paris, 2002.

²⁴ См., напр.: Хлестов О.Н. Удастся ли США изменить систему международной безопасности? // Московский журнал международного права. 2003. № 4. С. 26–38; Карташкин В.А. Война в Ираке и будущее международного права // Юрист-международник. 2003. № 2. С. 2–3.

- дальнейшее развитие механизмов и процедур мирного разрешения международных споров²⁵;
- совершенствование форм и методов сотрудничества в борьбе с международной преступностью²⁶;
- повышение роли ООН в обеспечении норм международного права через расширение ее полномочий и наделение соответствующими ресурсами²⁷;
- усиление международной ответственности²⁸;
- устойчивый постоянный баланс интересов²⁹;
- создание мирового правительства³⁰;
- общечеловеческие ценности и права человека как основа и объект защиты международного правопорядка³¹;
- совершенствование механизма международно-правового регулирования³²;
- прочие условия.

Так, Г.И. Тункин справедливо считает, что «нормы международного права являются юридическим каркасом межгосударственной системы, необходимым для ее нормального функционирования, т.е. для поддержания системы в равновесии»³³. Н.Е. Тюрина, к примеру, определяет «три основных элемента стабильного международного правопорядка: общепризнанная система поддержания мира и безопасности, разоружение и ограничение вооружений и прогрессивное развитие справедливой и эффективной системы международных экономических отношений»³⁴.

²⁵ Цит. по: Шаов И.К. Международный правопорядок и пути его совершенствования. Дис. ...канд. юрид. наук. М., 2004. С. 31–34.

²⁶ Там же. С. 34–35.

²⁷ Малеев Ю.Н. Совет Безопасности ООН и вопросы международного управления // Международное право. 2006. №1 (25). С. 24–47.

²⁸ Лукашук И.И. Право международной ответственности. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 57–64.

²⁹ См., напр.: Бовин А.Е. Мировое сообщество и мировое правительство // Известия. 1988. 1 февраля.

³⁰ См., напр.: Эрхарт Б., Чайлдс Э. Мир нуждается в руководстве: завтрашний день ООН // Мировая и экономика и международные отношения. 1990. № 10. С. 119–120.

³¹ См., напр.: Braud Ph. Manuel de sociologie politique. Paris, 1992. P. 159.

³² См., напр.: Лукашук И.И. 70-летие Октября и международное право // Советское государство и право. 1987. № 11. С. 64.

³³ Международное право: Учебник / Талалаев А.Н., Тункин Г.И., Шестаков Л.Н. и др. М.: Юридическая литература, 1999. С. 11.

³⁴ Тюрина Н.Е. Международный правопорядок. Казань, 1991. С. 24.

Таким образом, налицо разница во взглядах на проблемы укрепления и совершенствования международного правопорядка. Если советская и современная российская международно-правовая доктрина при определении основных условий укрепления и совершенствования международного правопорядка делает упор на укрепление современного международного права, совершенствование механизмов его реализации, его неукоснительное соблюдение всеми субъектами международного права, то западная доктрина, особенно американская, выражая определенный международно-правовой нигилизм и сомнения в юридической силе международно-правовых норм, настаивает на совершенствовании институтов наднационального принуждения, в том числе и силового, как более эффективного средства обеспечения международного права и международного правопорядка в целом³⁵. При этом в российской доктрине, за некоторыми исключениями³⁶, недостаточно внимания уделяется потенциям международных институтов, способных при соответствующей воле государств-учредителей обеспечивать исполнение международного права (в том числе и принудительно, если потребуется), а основная роль в этом по-прежнему отводится самим государствам.

Сводя воедино взгляды российских и западных исследователей, можно сделать вывод о наличии в доктрине следующих трех основных условий устойчивости международного правопорядка:

1. Дальнейшее укрепление современного международного права в направлении безусловно обязательной юридической силы его норм, с четко обозначенными механизмами их реализации, включая нормы об ответственности.

2. Дальнейшее развитие в лице системы ООН и региональных международных организаций международных органов глобального и регионального управления, наделенных полномочиями и ресурсами, достаточными для обеспечения исполнения норм международного права, а также норм наднационального права, принимаемых во исполнение первых.

³⁵ См., напр.: McClure, W. World Legal Order: Possible Contributions by the People of the United States. Chapel Hill, 1960. P. 235; Falk, R. Contending Approaches to World Order // Peace and World Order Studies: a Curriculum Guide. N.-Y., 1981. P. 354; Hoffmann, S. Primacy of World Order. N.-Y., 1980. P. 187.

³⁶ См., напр.: Малеев Ю.Н. Реабилитация адекватного и пропорционального применения силы // Московский журнал международного права. 2004. № 3. С. 31–47.

3. Укрепление международной законности, т.е. повышение степени соблюдения всеми субъектами международного права международно-правовых и наднационально-правовых предписаний.

Нам представляется, что основным условием, определяющим устойчивость любого, в том числе международного и глобального социального (правового), порядка будет выступать то, насколько общество (международное сообщество субъектов международного права или человечество в целом) разделяет те цели (ценности), на достижение и/или поддержание которых направлен данный социальный порядок (правопорядок), а также методы их достижения и/или поддержания. Следовательно, для достижения максимальной устойчивости социального порядка необходимо, чтобы вся совокупность социальных норм, его формирующих, содержала в себе такие цели (ценности), а также методы их достижения и/или поддержания, которые бы разделяло подавляющее большинство общества (субъектов международного права или, соответственно, человечества в целом). При этом весьма важным является также и то, чтобы все социальные нормы, формирующие данный порядок, при собственных методах регулирования и воздействия на общественные отношения не входили бы в противоречие друг с другом, а совместно, каждый в своей области регулирования организовывали общество на основе важнейших и общих для каждого его субъекта целей (ценностей). Как нам представляется, такой целью может являться достижение и/или поддержание устойчивости общественного развития (социальной гармонии). В конкретных терминах для каждого человека *устойчивость общественного развития (или динамическое состояние социальной гармонии) есть, на наш взгляд, безопасное, свободное, всестороннее и гармоничное развитие каждой личности в согласии с окружающей природной и социальной средой на основе равных прав и равных возможностей.*

В этом случае для обеспечения устойчивости общественного развития на любом социальном уровне (национальном, межнациональном, наднациональном) необходимо учитывать наличие всей совокупности взаимодействующих социальных регуляторов, которые могут способствовать гармонизации отношений в рассматриваемой общественной системе. В первую очередь это касается, очевидно, права, а также доминирующих в обществе моральных ценностей. С этой точки зрения в качестве первичного и главного условия устойчивости общественного развития следует рассматривать не только изолированно право, а право

в тесном переплетении и взаимодействии с моралью и другими гармонизирующими общественные отношения факторами и социальными нормами³⁷. Однако чтобы право тесно переплеталось и взаимодействовало с моралью, а именно чтобы право защищало и поддерживало общественную мораль, а прочные моральные устои общества способствовали бы повышению эффективности права, необходимо, видимо, чтобы право понималось как продукт морали.

На наш взгляд, порядок может быть устойчивым, если интересы подавляющего большинства людей будут гармонизированы в их динамике (т.е. с учетом изменения этих интересов во времени и пространстве). А это может быть достигнуто и поддерживаться только совокупным регулирующим воздействием морали и «морального» права. Но в этом случае «моральное» право должно быть также динамичным, гибким, меняться в контексте изменения интересов большинства населения, быстро приводить их в новое состояние гармонии, т.е. быть «живым», как говорят представители социологической теории права. Именно в такой ситуации, когда при помощи совокупного регулирующего воздействия морали и права, имеющего своим духовным источником мораль, интересы подавляющего большинства людей в рассматриваемой общественной системе гармонизированы в их динамике, можно говорить об устойчивости некоего общественного (правового) порядка.

Когда встает вопрос об устойчивости глобального порядка, то, пожалуй, единственное, что может как-то сближать и организовывать людей, говорящих на разных языках и принадлежащих разным государствам и культурам, и тем самым гармонизировать их интересы вокруг вышеназванной цели, – это общечеловеческие моральные ценности и общепринятые моральные принципы взаимоотношений между людьми. Поэтому, на наш взгляд, именно этот социальный институт может составить ценностно-нормативную основу устойчивого глобального порядка³⁸. В этом случае глобальная правовая система, представляющая собой всю совокупность норм национальных правовых систем, так называемого транснационального, международного, а также

³⁷ К примеру, Г.И. Тункин отмечал определяющую регулирующую роль в межгосударственной системе и других социальных норм, действующих в ней (политические нормы, рекомендательные нормы резолюций международных организаций, нормы международной морали и др.). См.: Тункин Г.И. Право и сила в международной системе. М.: Международные отношения, 1983. С. 26–27.

³⁸ Мовчан А.П. Международный порядок: политико-правовые аспекты. М., 1986. С. 12.

наднационального права³⁹, как более «сильный» регулятор и важнейший «армирующий» элемент глобального порядка не только не должна иметь межуровневых коллизий, но и по крайней мере не противоречить общечеловеческой морали, а в идеале – быть ее продуктом. Таким образом, об устойчивом глобальном порядке можно говорить, когда в его основе лежат универсальные моральные ценности и общечеловеческие права и интересы развития, а вся глобальная правовая система при этом не только обеспечивает их реализацию и защиту, но и берет в них свое начало. Другими словами, сердцевиной устойчивого глобального порядка может выступать только тесный «тандем» общечеловеческой морали и глобальной правовой системы, в котором первая является источником для последней, а последняя внутренне организована так, чтобы нормы национального, транснационального, межнационального (международного) и наднационального права не противоречили друг другу.

Раскрывая сущность устойчивого глобального порядка, мы вплотную подошли к определению устойчивого глобального правопорядка. Поскольку устойчивый глобальный правопорядок предполагает постоянное поддержание состояния урегулированности любых общественных отношений, то его можно, на наш взгляд, определить как *перманентное состояние гармонии всей совокупности внутригосударственных и международных общественных отношений гармонично организованной в глобальном масштабе системой правовых норм*. При этом поддержание устойчивости международного или глобального порядка в целом вовсе не означает некоего фиксированного состояния в силу непрерывности процесса осуществления международных отношений и, соответственно, международно-правового регулирования⁴⁰. Речь идет, таким образом, о динамической гармонии, достигаемой (достигнутой) и/или поддерживаемой при помощи гармонизированных между собой норм разных правовых систем.

Теперь попробуем ответить на главный вопрос настоящей статьи: каковы условия устойчивости глобального порядка (правапорядка)?

Исходным пунктом при ответе на заданный вопрос является, очевидно, тот факт, что важнейшим условием устойчивости глобального порядка как организованной системы международного и национальных

³⁹ Шумилов В.М. Концепция глобальной правовой системы // Юрист-международник. 2003. № 3. С. 46–52.

⁴⁰ Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 179.

порядков будет выступать прежде всего устойчивый международный правопорядок, основой которого является современное международное право в его соотношении с национальными правовыми системами. Однако, как уже отмечалось ранее, при исследовании проблем международного правопорядка основные акценты делались не на обеспечении его устойчивости, а на вопросах его укрепления и совершенствования. Тем не менее, учитывая установленную ранее определенную связь между устойчивостью и прочностью (совершенством) общественного (правового) порядка, полагаем возможным пренебречь данными частностями при настоящем анализе условий устойчивости международного правопорядка.

Учитывая вышеизложенное, нам представляется, что условия устойчивости международного правопорядка будут иметь несколько иное содержание, а именно:

1. *Основной целью международно-правового регулирования следует признать достижение и/или поддержание перманентной динамической гармонии интересов не только всех субъектов международного права, но и интересов всего человечества, каждого человека.* Именно этой основной цели должно быть подчинено дальнейшее прогрессивное развитие международного права, и, следовательно, эта основная цель должна лежать в основе международного порядка в целом.

2. *Наличие справедливо и демократически организованной системы международного (глобального) управления, компетенция которой должна состоять в реализации целей международного порядка, а значит в обеспечении реализации норм вышеопределенного международного права.* Такая система, на наш взгляд, должна иметь законодательные, исполнительные, судебные, контрольные органы, а также международные военные, полицейские и пенитенциарные структуры. Представляется, что такая система должна быть создана на базе ООН и ее специализированных организаций.

3. *Достижение и поддержание на высоком уровне международной законности.* Следует заметить, что высокий уровень международной законности не всегда, как показывает практика, может быть достигнут только исходя из того, что международное право будет отвечать интересам всех государств и всего человечества. Необходимо наличие определенной политической воли в неукоснительном соблюдении международного права, причем как со стороны государств, так и со стороны наднациональных органов международного (глобального)

управления, без чего достижение и/или поддержание высокого уровня международной законности вряд ли возможно. Этому может способствовать демократическое устройство как самих государств, так и наднациональных органов международного (глобального) управления, предусматривающее механизмы контроля за действиями государства со стороны общества и наднациональных органов, а также со стороны государств за действиями наднациональных органов.

Названные здесь три условия устойчивости международного правопорядка являются необходимыми, однако недостаточными. Критерием того, что это именно те необходимые для обеспечения устойчивости международного порядка (правопорядка) условия, могут служить только ожидаемые практические результаты, а именно достижение через определенный промежуток времени при наличии первых трех условий целей международно-правового регулирования. Поэтому необходимо добавить еще и следующее, четвертое условие устойчивости:

4. Достижение через разумный промежуток времени целей международно-правового регулирования (международного порядка).

Тогда, исходя из всего вышеизложенного, условия устойчивости глобального порядка (правопорядка) примут следующий вид.

Первое условие. Наличие глобальной правовой системы, основной целью регулирования которой на любом уровне (национальном, межнациональном, наднациональном) является обеспечение устойчивости общечеловеческого развития, т.е. безопасное, свободное, всестороннее и гармоничное развитие каждой личности, а также государства в согласии с окружающей природной и социальной средой на основе равных прав и равных возможностей. Это предполагает, что

- в основе правовых норм любого уровня (национального, международного (межнационального), наднационального) лежат общечеловеческие моральные ценности и права каждого человека в контексте с правами других людей;

- глобальная правовая система и межуровневое соотношение правовых норм должны быть организованы и гармонизированы таким образом, чтобы обеспечить устойчивость глобального развития на всех уровнях общественных отношений;

- право на всех уровнях должно быть динамичным, гибким и меняться на соответствующих уровнях постольку, поскольку это будет необходимо для обеспечения устойчивости общественного развития

(социальной гармонии) в каждый момент времени на соответствующем уровне;

- право, понимаемое как продукт общечеловеческой морали, должно тесно с ней взаимодействовать на всех уровнях общественных отношений при выполнении своего основного предназначения – обеспечения устойчивости общечеловеческого развития;

- право должно комплексно решать проблему обеспечения устойчивости развития, т.е. не только определять цель регулирования, принципы гармоничных взаимоотношений между субъектами, объем их прав и обязанностей, но и включать в себя контрольные механизмы, нормы об ответственности за соответствующие правонарушения, а также порядок привлечения к такой ответственности и ее реализации.

Второе условие. **Наличие справедливо и демократически организованной системы международного (глобального) управления, в компетенцию которой должно входить обеспечение устойчивости глобального развития.** Это предполагает:

- достаточные полномочия и ресурсную обеспеченность наднациональных органов во исполнение своего предназначения;

- добровольную передачу государствами части своих суверенных прав на наднациональный (глобальный) уровень управления;

- усилия государств в направлении обеспечения большей устойчивости (социальной гармонии) в своем национальном развитии и в отношениях с другими государствами;

- возможность легитимного вмешательства международного сообщества во внутренние дела суверенного государства в случаях нарушения устойчивости его развития, а именно: а) нарушения прав человека со стороны государства или его неспособности их обеспечить, б) нарушения государством прав своего народа в целом, а также отдельных этнических групп или его неспособности обеспечить эти права, в) нарушения суверенных прав государства со стороны внутренней оппозиции или другого государства. При этом, разумеется, вмешательство должно осуществляться в лице наднациональных органов международного (глобального) управления от имени всего мирового сообщества, а методы, средства и пределы такого вмешательства должны быть четко регламентированы в соответствующих международно-правовых документах.

Третье условие. **Достижение и поддержание высокого уровня международной, наднациональной, транснациональной и национальной законности.** Это предполагает

– наличие политической воли в неукоснительном соблюдении норм права как со стороны государств, так и со стороны наднациональных органов;

– относительное выравнивание индексов человеческого (социально-экономического) развития в большинстве стран мира, а также достижение достаточно высокого уровня нравственности и правосознания населения в большинстве стран;

– наличие механизмов общественного, внутригосударственного и наднационального контроля за соблюдением норм права на соответствующих уровнях.

Четвертое условие. При совокупном наличии первых трех условий устойчивости достижение через разумный промежуток времени целей правового регулирования в глобальном масштабе.

На наш взгляд, об устойчивости глобального развития можно судить лишь при наличии всех четырех условий. Отсутствие хотя бы одного из них может служить индикатором неустойчивости глобального порядка (правопорядка) и сигналом для принятия соответствующих мер.

Таким образом, опираясь на общеправовую и международно-правовую доктрину, мы сделали попытку выявить базовые условия, определяющие устойчивость глобального развития. Представляется, что сделанные выводы могли бы способствовать формированию в будущем более устойчивого, а значит более безопасного, гармоничного и справедливого миропорядка.

Библиографический список

Алексеев С.С. Теория права. М., 1994.

Бовин А.Е. Мировое сообщество и мировое правительство // Известия. 1988. 1 февраля.

Борисов В.В. Правовой порядок развитого социализма. Саратов, 1977.

Васильев А.М. Правовые категории. М., 1976.

Евинтов В.И. Международное сообщество и правопорядок: анализ современных концепций / АН УССР. Институт государства и права. Киев, 1990.

Загладин Н.В. Новый мировой беспорядок и внешняя политика России // Мировая экономика и международные отношения. 2000. № 1.

Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве // Соч.: в 10 т. М., 1994. Т. 4.

- Карташкин В.А.* Война в Ираке и будущее международного права // Юрист-международник. 2003. №2. С. 2-3.
- Курдюков Г.И.* Государство в системе международно-правового регулирования. Казань, 1979.
- Лукашук И.И.* Право международной ответственности. М.: Волтерс Клувер, 2004.
- Лукашук И.И.* Глобальный миропорядок и США // [www.rau.su / observer / 11-12_02 / 11-12_05. Htm](http://www.rau.su/observer/11-12_02/11-12_05.htm).
- Лукашук И.И.* Мировой порядок XXI века // Международное публичное и частное право. 2002. № 1.
- Лукашук И.И.* 70-летие Октября и международное право // Советское государство и право. 1987. № 11.
- Малеев Ю.Н.* Совет Безопасности ООН и вопросы международного управления // Международное право. 2006. № 1(25). С. 24-47.
- Малеев Ю.Н.* Реабилитация адекватного и пропорционального применения силы // Московский журнал международного права. 2004. №3. С. 31-47.
- Малеев Ю.Н.* Перспективы международного управления // Вестник МГОУ. 2007. № 4(29). С. 7-16.
- Международное право: Учебник / Талалаев А.Н., Тункин Г.И., Шестаков Л.Н. и др. М.: Юридическая литература, 1999.
- Мовчан А.П.* Международный порядок: политико-правовые аспекты. М., 1986.
- Поздняков Э.А.* Движение системы межгосударственных отношений // Общественные науки. 1987. № 2.
- Решетов Ю.А.* Современный международный правопорядок // Советский ежегодник международного права. 1986. М., 1987.
- Сандровский К.К.* Проблемы законности и правопорядка в международных отношениях // Вестник Киевского ун-та: Международные отношения и международное право. 1986. Вып. 23.
- Тюрина Н.Е.* Международный правопорядок. Казань, 1991.
- Тункин Г.И.* Право и сила в международной системе. М.: Международные отношения, 1983.
- Цыганков П.А.* Теория международных отношений. М.: Гардарики, 2003.
- Хлестов О.Н.* Удастся ли США изменить систему международной безопасности? // Московский журнал международного права. 2003. № 4. С. 26-38.

- Шаов И.К.* Международный правопорядок и пути его совершенствования. Дисс...к.ю.н. М., 2004. С. 31-37.
- Шахназаров Г.Х.* Социализм и будущее. М., 1983. С. 398.
- Шумилов В.М.* Международное право и глобальная правовая система // Московский журнал международного права. 2002. № 4. С. 3-19.
- Шумилов В.М.* Концепция Глобальной правовой системы // Юрист-международник. 2003. № 3. С. 46-52.
- Ушаков Н.А., Энтин М.Л.* Международный порядок: политико-правовые аспекты. М., 1986.
- Черниченко С.В.* Реализация международно-правовых норм // Советский ежегодник международного права. 1980. М., 1981. С. 59-64.
- Эркхарт Б., Чайлдс Э.* Мир нуждается в руководстве: завтрашний день ООН // Мировая экономика и международные отношения. 1990. № 10-11. С. 119-120.
- Явич Л.С.* Сущность права. Л., 1985.
- Явич Л.С.* Социалистический правопорядок. Л., 1972.
- Ясперс К.* Итоги истории и ее цель. Вып.2. М., 1991.
- Braud Ph.* Manuel de sociologie politique. Paris, 1992.
- Enhancing Global Government Towards a New Diplomacy? UN University Press. Tokyo. New York. Paris, 2002.
- Falk, R.* Contending Approaches to World Order // Peace and World Order Studies: a Curriculum Guide. N.-Y., 1981.
- Falk R.* The End of the World Order: Essays on the Normative International Relations. N.-Y.–London: Holmes and Meier, 1983.
- Hoffmann S.* L'ordre international // Traite de science politique. Vol.1. Paris, 1985. P. 675-681.
- Hoffmann, S.* Primacy of World Order. N.-Y., 1980.
- Kirk R.* The Roots of American Order. La Sale (III), 1975.
- Rosenau J.N.* Le nouvel ordre mondial? Forces sous-jacentes et resultants // Etudes internationales/ Vol. XXIII. №1. Mars. 1992.
- McClure, W.* World Legal Order: Possible Contributions by the People of the United States. Chapel Hill, 1960.
- Montbrial Thierry de.* Le monde au tournant du siècle. Ramses 2000. L'entrée dans le XXI-e siècle. Paris, 2000.
- Ramonet I.* Nouvel ordre global // www.monde-diplomatique.fr/1999/06/RAMONET/12177. Html.

Wengler W. Public International Law. Paradoxes of a Legal Order // Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague, 1982. Vol. 158.

Sustainability of the Global Legal Order (Summary)

*Ergali T. Baildinov**

The author offers for theoretical discussion his proper vision on the set of certain conditions which determine the sustainability of the global legal order. Those conditions are argued in this article on the base of the actual international law doctrine.

Keywords: sustainability of global development; global legal order; international legal order; harmonized global legal system; moral law.

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

МЕЖДУНАРОДНОЕ КОСМИЧЕСКОЕ ПРАВО

Международно-правовые аспекты страхования ответственности перед третьими лицами за ущерб в результате космической деятельности

*Жуков Г.П.**

*Волынская О.А.***

Диверсификация космической деятельности позволяет ускорить процесс модернизации экономики государства, обеспечить эффективное развитие науки, техники и социальной сферы, укрепить оборонную мощь. Упорядоченная система страхования является одним из путей защиты участников космических проектов от неблагоприятных финансовых последствий возможного причинения ущерба.

Обязанность государств возместить ущерб, причиненный третьим лицам в рамках национальной космической деятельности, установлена ст. VII Договора по космосу 1967 г. и Конвенцией об ответственности 1972 г. Для обеспечения исполнения данной обязанности были разработаны специфические внутригосударственные правовые механизмы страхования космических рисков. В настоящей статье приводится анализ действующих национальных страховых режимов и рассматривается текущее состояние и перспективы законодательства России в области страхования рисков ответственности за ущерб, причиненный третьим лицам.

* Жуков Геннадий Петрович – д.ю.н., заслуженный юрист России, академик Международной академии астронавтики, профессор кафедры международного права Российского университета дружбы народов. gennady.zhukov@gmail.com.

** Волынская Ольга Александровна – аспирант международно-правового факультета Всероссийской академии внешней торговли. aorjia88@mail.ru.

Ключевые слова: ответственность; страхование ответственности перед третьими лицами; лицензирование; космическая деятельность; космическое право.

Несмотря на значительные риски при осуществлении космической деятельности, тенденция ее коммерциализации позволила выйти на первый план проблеме страхования космических рисков. В условиях бюджетных ограничений и экономической рецессии государства не способны обеспечить полное финансовое покрытие в случае аварии и вынуждены обращаться к механизмам страхования. Коммерческий космический сектор, который в настоящее время играет первостепенную роль и определяет конъюнктуру мирового космического рынка, в еще большей мере настроен минимизировать факторы риска в рамках коммерческих космических проектов, в связи с чем требуются стабильные, развитые и прозрачные правовые условия страхования.

В настоящей статье рассматриваются действующие правовые режимы страхования риска ответственности за ущерб перед третьими лицами в рамках космической деятельности отдельных стран мира, выработка которых обусловлена обязательствами государств по международному космическому праву.

Международно-правовые основы страхования космических рисков

Необходимость страхования рисков ответственности перед третьими лицами за ущерб в результате космической деятельности вытекает прежде всего из международных соглашений – ст. VII Договора по космосу 1967 г.¹ и Конвенции об ответственности 1972 г.²

В отличие от международного воздушного права, международного морского права и международного атомного права, относящих вопросы имущественной ответственности перед третьими лицами к сфере гражданско-правовых отношений, международное космическое право

¹ Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. Принят 19.12.1966, открыт для подписания 27.01.1967, вступил в силу 10.10.1967.

² Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами. Принята 29.11.1971, открыта для подписания 29.03.1972, вступила в силу 01.09.1972.

следует международно-правовому подходу, основу которого составляют межгосударственные отношения³.

Согласно ст. II Конвенции об ответственности запускаящее государство несет абсолютную ответственность (вне зависимости от наличия и степени вины) за выплату компенсации за ущерб, причиненный его космическим объектом на поверхности Земли или воздушному судну в полете. Если же ущерб космическим объектом запускаящего государства причинен космическому объекту другого запускаящего государства либо лицам или имуществу на борту такого космического объекта в любом месте, помимо поверхности Земли, применяется критерий вины для определения ответственности (там же, ст. III). Конвенция устанавливает общее требование к возмещению причиненного ущерба (ст. XII): «Компенсация, которую запускаящее государство обязано выплатить на основании настоящей Конвенции за причиненный ущерб, определяется в соответствии с международным правом и принципами справедливости, с тем чтобы обеспечить возмещение ущерба, восстанавливающее физическому или юридическому лицу, государству или международной организации, от имени которых предъявляется претензия, положение, которое существовало бы, если бы ущерб не был причинен».

Ответственность за ущерб перед третьими лицами может наступить на любом этапе цикла космической деятельности от начала разработки образца ракетно-космической техники до окончания гарантийного срока активного существования космического аппарата на орбите и его утилизации. Космическое право стран мира, по общему правилу, приводит условия страхования космической деятельности в целом, без разбивки по отдельным этапам. Единственное исключение составляет страхование космических запусков, особенности которого будут рассмотрены ниже.

Национальные правовые режимы страхования ответственности перед третьими лицами

В мировой практике предусматривается следующий механизм защиты государственных интересов при осуществлении космической деятельности компаниями данных государств: общим условием выдачи лицензии на осуществление космической деятельности является

³ Жуков Г.П. Международное космическое право и вызовы XXI столетия. К 50-летию полета Юрия Гагарина в космос: Учеб пособие. М.: РУДН, 2011. С. 49–50.

получение страхового полиса, покрывающего в целом или в части компенсацию, которую государство будет обязано выплатить в случае возможного ущерба. Подобное положение закреплено, например, в разделе 5.2(f) Закона Великобритании о космическом пространстве 1986 г.⁴, разделе 2458b «Страхование и возмещение» главы 26 «Национальная космическая программа» Титула 42 и главе 701 «Осуществление коммерческих космических запусков» подтитула IX «Коммерческий космический транспорт» Титула 49 Свода законов США⁵. Далее будут рассмотрены специфические положения национального законодательства отдельных стран применительно к страхованию ответственности перед третьими лицами в результате космической деятельности.

США

Страхование запусков (launch insurance) – наиболее часто встречающийся вид космического страхования, с ним связаны наибольшие риски и потери. Риск ответственности перед третьими лицами при проведении запуска является обязательным страхуемым объектом по указанному виду страхования. Несмотря на завершение программы шаттлов в 2011 г., страхование космических запусков в США является чрезвычайно актуальным в связи с грядущим вводом в эксплуатацию пусковых средств нового поколения, прежде всего усилиями частного космического сектора.

В соответствии с пп.(а)-(b) указанного выше раздела 2458b главы 26 «Национальная космическая программа» Титула 42 Свода законов США НАСА уполномочено обеспечить в целом или в части (по решению администрации) страхование ответственности перед третьими лицами любого пользователя⁶ пускового средства. Страхование осуществляется за счет бюджета НАСА с последующим возмещением средств пользователем пускового аппарата в максимально возможном объеме.

⁴ Outer Space Act, 1986. Принят 18.07.1986 г., вступил в силу 31.07.1989 г. (The Outer Space Act (Commencement) Order 1989, 1989 SI no.1097).

⁵ Pub. L. 85-568, title III, Sec. 308, as added Pub. L. 96-48, Sec. 6(b)(2), Aug. 8, 1979, 93 Stat. 348.

⁶ Согласно п. (f) раздела 2458b, пользователем является «любое лицо, заключившее соглашение с НАСА об использовании космического средства в целом или части его объема, которое владеет или предоставляет имущество для перевозки на космическом средстве либо нанимает лицо для осуществления космического полета». Там же приводится определение третьего лица: это «любое лицо, которое может обратиться в суд с иском против пользователя за вред, причиненный жизни или здоровью, частичную утрату или гибель имущества».

Кроме того, НАСА может по соглашению с пользователем взять на себя обязательство компенсировать ущерб третьим лицам, если страховой полис пользователя не покрывает полную сумму причиненного ущерба и пострадавшая сторона обратилась в суд с требованием покрытия полной суммы ущерба. Подобное обеспечение не распространяется на случаи причинения вреда в результате неосторожности (*negligence*) или преднамеренных неправомерных действий (*willful misconduct*) пользователя пускового средства. Объем возмещения устанавливается администратором (главой НАСА) по критерию «справедливости и разумности» (п. (d) там же).

Поправки к Закону США о коммерческих космических запусках 1984 г.⁷ (раздел 70112 Титула 49 Свода законов США) установили, что держатели лицензии на осуществление космических запусков (пусковые операторы) обязаны страховать свою деятельность или иным способом предусмотреть финансовую ответственность за ущерб, причиненный третьим лицам в рамках лицензируемой деятельности. Это дает правительству возможность возместить посредством регрессного иска к оператору свои расходы в случае ответственности перед третьим лицом, возникшей вследствие действий лицензиата. Предельный размер страхового обеспечения установлен в 500 млн долл. или равен максимальному значению страхового покрытия на мировом рынке, если оно составляет менее 500 млн долл. В отдельных случаях указанные суммы могут быть дополнительно уменьшены решением министра транспорта США по согласованию с НАСА и ВВС в целях обеспечения непрерывности национальной коммерческой космической деятельности. Непокрытый ущерб компенсируется за счет средств федерального бюджета⁸.

Австралия

Статья 48 раздела 7 «Страховые/финансовые требования» Закона Австралии о космической деятельности 1998 г.⁹ возлагает на держателя разрешения на космический запуск обязанность обеспечить страхование своей гражданско-правовой ответственности перед третьими лицами за возможный ущерб в результате пуска (возвращения) космического объекта согласно требованиям Закона, а также международной

⁷ Commercial Space Launch Act, 1984 (Pub. L. 98-575, Oct. 30, 1984). С поправками 1988 г. и 2004 г.

⁸ Lyall F., Larsen P.B. Space Law: a Treatise. UK, Ashgate, 2009. P. 115.

⁹ Space Activities Act 1998 No. 123 of 1998 as amended.

ответственности Содружества Австралии, основанной на Конвенции об ответственности и иных источниках международного права. Подобная страховая защита может быть обеспечена единым страховым полисом, покрывающим одновременно обе указанные категории ответственности. Пункт 3 ст. 48 Закона устанавливает минимальный размер страхового покрытия для каждого запуска или возвращения космического объекта, который определяется следующим образом: на основе действующих подзаконных норм рассчитывается максимальная сумма предположительного ущерба третьим лицам, полученное значение сравнивается с установленными в Законе 750 млн долл. Меньшая сумма считается минимальным порогом страхового покрытия. В п. 3(b) указанной статьи отмечается, что в подзаконных актах могут быть установлены иные механизмы расчета минимального страхового обеспечения и в этом случае подлежат применению данные акты. Кроме того, Закон не запрещает любому лицу дополнительно застраховать иные интересы, помимо установленных его положениями (ст. 49).

Великобритания

Закон Великобритании о космическом пространстве 1986 г. требует от частных организаций, действующих в космосе, получать лицензию на космическую деятельность и наделяет министра по торговле и промышленности Великобритании полномочиями контроля в указанной сфере (ст. 3–6 Закона). Лицензия, по общему правилу, содержит требование страхования космической деятельности, прежде всего – рисков ответственности перед третьими лицами за причинение ущерба на этапах пуска или обеспечения пуска космического объекта, управления космическим объектом или любой другой космической деятельности (ст. 1). Требования Закона распространяются на юридических лиц, инкорпорированных на территории Великобритании, Шотландии или других территориях под британской юрисдикцией, а также физических лиц, имеющих британское подданство.

Франция

Начиная с 1975 г. Европейское космическое агентство (ЕКА) самостоятельно обеспечивало страхование рисков ответственности перед третьими лицами. В настоящее время по решению ЕКА запускающим государством по всем европейским космическим запускам,

осуществляемым компанией Arianespace, выступает Франция¹⁰. Соответственно, государство несет международно-правовую ответственность за ущерб, который может быть причинен третьим лицам в связи с пуском, и в наибольшей мере заинтересовано в обеспечении финансовой защиты программ Arianespace посредством страхования ответственности.

Закон Франции о космических операциях 2008 г.¹¹ требует от спутниковых операторов обеспечить страховое покрытие возможного ущерба третьим лицам в размере 60,98 млн евро. Чтобы упростить процесс страхования ответственности, а также в собственных коммерческих интересах компания Arianespace предусматривает такую гарантию во всех договорах на запуск. По истечении одногодичной гарантии спутниковый оператор должен самостоятельно обеспечить страховую защиту запущенного космического аппарата. Обычно размеры такого страхового обеспечения значительно превышают необходимый минимум, что объясняется опасениями операторов в связи с потенциальной угрозой столкновения спутников в космическом пространстве по вине оператора¹².

ЮАР

Пункт 14 Закона Южной Африки о космических делах 1993 г.¹³ также возлагает на лицензиата обязанность обеспечить страхование или иную финансовую гарантию компенсации средств, которые государство может быть вынуждено израсходовать для покрытия причиненного ущерба третьим лицам. Указанная обязанность должна содержаться в лицензионных требованиях и подлежит выполнению даже в случае приостановления действия или отмены лицензии (пп. 6 п. 14 Закона).

В международной практике не существует типовых условий страхования космических рисков. Можно говорить только о базовых условиях страхования (policy wording), которые страховщик адаптирует при

¹⁰ Agreement between the French Government and the European Space Agency concerning the Guiana Space Centre (29 November 1993).

¹¹ French Law on Space Operations, Bill n.2008-518 of June 3rd, 2008. Вступил в силу 10.12.2010 г.

¹² Montpert P. Space Insurance // Contracting for space: contract practice in the European space sector / by L.J. Smith and I. Baumann. – Ashgate Publishing Ltd., 2011. P. 284.

¹³ South Africa Space Affairs Act, no. 84 of 1993, с поправками от 1995 г.

разработке индивидуальной программы страховой защиты для каждого вновь страхуемого космического проекта¹⁴.

Механизмы страхования ответственности перед третьими лицами в России: право и практика

Предпосылки для развития и внедрения системы страхования космических рисков в России появились с началом рыночных реформ. К настоящему времени завершен начальный организационный этап формирования отечественной системы страхования космической деятельности, требуются дальнейшее ее развитие и совершенствование, обобщение и систематизация научного и практического опыта, усиление взаимосвязи теории и практики, формирование и развитие методологических основ страхования космических рисков в соответствии с требованиями современных экономических отношений. Упорядоченные страховые механизмы послужат стимулом коммерциализации отечественной космической деятельности, будут способствовать повышению безопасности космической деятельности и привлечению инвестиционного капитала. В современных условиях совершенствование отечественной системы управления рисками требуется на всех этапах жизненного цикла ракетно-космической техники (РКТ). Такая система должна использовать опыт организации работ по обеспечению надежности, безопасности, качества изделий РКТ, новые подходы к анализу, оценке, снижению и компенсации рисков космической деятельности.

На сегодняшний день в России отработаны и применяются единые принципы и процедуры размещения космических рисков на страховом рынке и сопутствующего документооборота. Что касается законодательного закрепления, страхованию космических рисков посвящена единственная ст. 25 Закона от 20.08.1993 г. №5663-1 «О космической деятельности»¹⁵, которая устанавливает обязательное страхование жизни и здоровья космонавтов, работников объектов космической инфраструктуры, а также ответственности за вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу других лиц. Страхователями, согласно п. 1 указанной статьи, должны выступать организации и граждане, эксплуатирующие космическую технику, или по заказу которых осуществляются создание и использование (эксплуатация) космической техники.

¹⁴ Van Traa-Engelman H.L. Commercial Utilization of Outer Space. – Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1993. P. 324.

¹⁵ Российская газета. 6 октября 1993 г.

Порядок и условия обязательного страхования должны быть определены отдельным законом. Так как в настоящее время отсутствует специализированный нормативно-правовой акт по данной проблеме, страхование космических рисков, в том числе риска ответственности перед третьими лицами, производится на основании положений Закона от 27.11.1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации»¹⁶ и гл. 48 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации.

Учитывая специфику космических рисков, проект федерального закона «О страховании рисков при осуществлении космической деятельности», работа над которым ведется с 2002 г., призван обеспечить понятный правовой режим страхования всех видов (личного и имущественного) в рамках всего жизненного цикла объектов космической инфраструктуры, прежде всего находящихся в государственной собственности (ракет-носителей, разгонных блоков, космических аппаратов и их частей, стартовых комплексов и др.). Целью принятия закона является экономическая защита государственных интересов в случае наступления международной ответственности за ущерб в результате национальной космической деятельности, а также обеспечение беспрепятственного выполнения Федеральной космической программы России¹⁷ и иных федеральных целевых программ (ФЦП)¹⁸, в рамках которых осуществляется создание и использование ракетно-космической техники.

Глава 3 законопроекта посвящена страхованию рисков ответственности перед третьими лицами. Согласно п. 1 ст. 18 проекта, «объектами страхования при страховании ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью и имуществу других лиц, являются имущественные интересы, связанные с обязанностью возмещения вреда, причиненного жизни, здоровью или имуществу других лиц при подготовке и проведении запусков космических аппаратов». Страховым случаем в соответствии со ст. 20 законопроекта признается «наступление ответственности за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц при подготовке или

¹⁶ Российская газета. 12 января 1993 г.

¹⁷ Федеральная космическая программа России на 2006–2015 годы // Официальный сайт Роскосмоса, URL: www.federalspace.ru/download/fkp_2015_for_site.doc (дата обращения: 18.02.2012).

¹⁸ ФЦП «Поддержание, развитие и использование системы ГЛОНАСС на 2006–2015 годы» и ФЦП «Развитие российских космодромов на 2006–2015 годы».

проведении запуска космических объектов». Также в указанной главе приводится разграничение бюджетных и внебюджетных источников финансирования страхования в зависимости от вида страхуемой космической деятельности (государственной в рамках ФЦП или коммерческой), устанавливаются размеры страховых сумм. В части содержания, порядка заключения и исполнения договоров страхования ответственности за вред, причиненный третьим лицам, проект закона раскрывает соответствующие положения главы 48 ГК РФ и Закона «Об организации страхового дела в Российской Федерации» применительно к космической деятельности.

В настоящее время фрагментарность регламентирующих документов по организации страхования космических рисков не позволяет в полной мере использовать финансовые ресурсы российского страхового рынка для обеспечения стабильности и непрерывности космической деятельности, компенсации потенциального ущерба при ее осуществлении, снижения нагрузки на государственный бюджет в силу отсутствия четких механизмов и условий привлечения собственных средств предприятий ракетно-космической отрасли и иных внебюджетных источников.

Принятие федерального закона позволит прежде всего свести к минимуму проблему значительных внеплановых выплат в случае возникновения аварий и иных ситуаций в короткий срок, гарантировать возмещение ущерба, причиненного жизни, здоровью и имуществу третьих лиц в связи с космической деятельностью, упростить процедуру определения условий договора страхования, при наступлении страхового случая не отвлекать денежные средства от различных государственных и международных программ на выплату компенсаций пострадавшей стороне, а направить их на реализацию вышеуказанных программ, а также сконцентрировать финансовые средства на российском страховом рынке, уменьшая их отток за рубеж.

В отличие от общепринятой мировой практики, рассмотренной выше, российский законодатель не рассматривает страхование как обязательное условие выдачи лицензии на осуществление космической деятельности. Данную особенность можно объяснить тем, что в настоящее время космос является сферой стратегических интересов России, ракетно-космическая техника создается за счет средств федерального бюджета и находится в собственности государства. Монополия государства в рассматриваемой области очевидна, и пока не представляется

возможным говорить о коммерциализации космической деятельности в чистом виде и росте частного космического сектора (в отличие от зарубежного опыта), основным инструментом координации деятельности которого со стороны государства является лицензирование.

Итак, учитывая, что Конвенция об ответственности 1972 г. возлагает международную ответственность исключительно на государства, участвующие в ней и Договоре по космосу 1967 г., каждое государство заинтересовано в создании эффективного механизма финансового обеспечения для покрытия возможного ущерба, причиненного космическим объектом, в отношении которого оно будет запускаящим государством. Будучи заинтересованными в укреплении частного космического сектора, государства создают внутренние правовые механизмы ограничения размеров ответственности коммерческих организаций, причинивших ущерб третьим лицам в рамках своей космической деятельности, распределения рисков между государством и промышленностью. В Российской Федерации также ведется соответствующая законопроектная работа, главной целью которой, в отличие от практики зарубежных стран, является обеспечение экономической защиты государственных интересов в сфере космической деятельности, обеспечение реализации ключевых федеральных целевых программ, в рамках которых создается ракетно-космическая техника. Тем не менее вопрос государственной поддержки зарождающегося национального коммерческого сектора в области космоса является чрезвычайно актуальным и потребует пристального внимания с точки зрения создания правовых условий указанных процессов в ближайшем будущем.

Библиографический список

Жуков Г.П. Международное космическое право и вызовы XXI столетия. К 50-летию полета Юрия Гагарина в космос: Учеб пособие. – М.: РУДН, 2011. – 62 с.

Lyall F., Larsen P.B. Space Law: a Treatise. UK, Ashgate, 2009. – 596 p.

Montpert P. Space Insurance // Contracting for space: contract practice in the European space sector / by L.J.Smith and I.Baumann. – Ashgate Publishing Ltd., 2011. – 428 p.

Van Traa-Engelman H.L. Commercial Utilization of Outer Space. – Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, 1993. – 442 p.

Third Party Liability Insurance for Space Activities: International Law Aspects (Summary)

*Gennady P. Zhukov**

*Olga A. Volynskaya**

The development of space activities provides for economic growth, scientific, technical and social development, strengthening of the defensive power. A developed insurance system protects space operators against financial consequences of a possible damage.

States are obliged to compensate any damage to third parties caused by national space activities under the 1967 Outer Space Treaty and the 1972 Liability Convention. To ensure performance of the obligation specific insurance mechanisms were implemented in national space laws. This article analyses regulatory insurance regimes and provides an insight into the current state and perspectives of Russian space law covering third party liability insurance.

Keywords: liability insurance; third party liability; licensing; space activities; space law.

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

** Olga A. Volynskaya – post-graduate student of the International Law Department, Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of Russia. aoerjia88@mail.ru.

ВОПРОСЫ ТЕРРИТОРИИ

Позиции государств по вопросу о правовом режиме экономической деятельности на Шпицбергене и в прилегающих морских районах

*Савва В.М.**

Изменение политики Норвегии в середине 70-х годов прошлого столетия в сторону одностороннего регулирования экономической деятельности в 200-мильной морской зоне за пределами вод местностей Шпицбергена вызвало неоднозначную реакцию со стороны заинтересованных государств. Большинство приарктических государств отрицательно отнеслись к попыткам Норвегии изменить существующий многосторонний режим морских пространств Шпицбергена, базирующийся на нормах Парижского договора 1920 года, и поныне остаются на позициях непризнания тех юрисдикционных правопритязаний Норвегии, которые не находят подкрепления в положениях Парижского договора при его комплексном толковании. В данной публикации автор ставит своей целью привлечение внимания российской аудитории к позициям некоторых зарубежных государств, активно участвующих в экономической деятельности в водах Шпицбергена, относительно расширения юрисдикционных правопритязаний Норвегии за пределы вод местностей Шпицбергена.

Ключевые слова: политика Норвегии относительно Шпицбергена; Парижский договор о Шпицбергене; регулирование экономической деятельности в Арктике.

* Савва Вера Михайловна – магистр юриспруденции со знанием иностранных языков по направлению «Юриспруденция», аспирант кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. vera.savva@gmail.com.

Как было отмечено в российской доктринальной литературе¹, политика Норвегии относительно Шпицбергена и прилегающих морских пространств в 70-х годах прошлого столетия была направлена на усиление и укрепление норвежских притязаний на *одностороннее* регулирование рыболовства, горнорудного дела, разведки и разработки шельфовых месторождений. Ряд государств, как ниже будет показано, настаивают на добросовестном *учете Норвегией* прав всех государств – участников Парижского договора о Шпицбергене 1920 года на равный доступ к природным ресурсам согласно этому договору. Представляется достаточно сложным сейчас однозначно утверждать, какой именно подход (абсолютный и полный суверенитет Норвегии или равные права на экономическую деятельность) был главным для разработчиков Парижского договора, но правомочия Норвегии по этому договору не рассматриваются в настоящее время некоторыми государствами как неограниченные. Это не позволяет Норвегии сегодня на международной арене настаивать на том, что она имеет право в одностороннем порядке подчинять своему законодательному регулированию иностранных лиц в неограниченном объеме.

В вопросе правомочий Норвегии в отношении Шпицбергена и прилегающих морских пространств зарубежные государства делятся на следующие три основные группы².

Первая группа государств исходит из того, что права государств – подписантов Парижского договора, закрепленные в статье 2 (допуск «на одинаковых основаниях к осуществлению права на рыбную ловлю и охоту») и 3 (право на «одинаковый свободный доступ для любой цели и задачи в воды, фиорды и порты местностей ... и право остановки в них»; право на занятие в них «без каких-либо препятствий, при условии соблюдения местных законов и постановлений, всякими судоходными, промышленными, горными и торговыми операциями на условиях полного равенства»), не применяются в морских пространствах «за пределами территориального моря» (“beyond the territorial sea”). Этой позиции придерживается Норвегия и, как представляется,

¹ Вылегжанин А.Н. Современные вопросы исполнения Договора о Шпицбергене (к 90-летию Договора) // Международное право. 2010. № 1 (41). С. 191–217. Вылегжанин А.Н., Зиланов В.К. Шпицберген: правовой режим прилегающих морских районов. М.: Морская коллегия при Правительстве Российской Федерации. Совет по изучению производительных сил, 2006. 248 с.

² Churchill, R. Competing Claims in Svalbard's Offshore Areas. UK: University of Dundee. <http://www.virginia.edu/colp/pdf/Churchill-Svalbard.pdf>.

Дания, а также – в определенный период истории – в этом Норвегию поддерживала Финляндия.

Вторая группа государств настаивает, что права, перечисленные в статьях 2 и 3 Парижского договора, а равно иные права, предусмотренные Парижским договором, *применяются* в морских пространствах, прилегающих к Шпицбергену. Эту позицию занимают Исландия, Испания и Великобритания. Исландия и Испания также придерживаются позиции, что Норвегия не имеет права осуществлять юрисдикцию над суднами, плавающими в «рыбоохранной зоне» (“Fisheries Protection Zone”) Шпицбергена³ и имеющими национальность иностранного государства.

Наконец, третья группа государств, таких как США, Франция и Германия, на международно-правовом уровне сохранили за собой право сдержанно отнестись к проблематике Шпицбергена, то есть заняли осторожную, выжидательную позицию.

О том, насколько осторожно государства подходят к вопросу о Шпицбергене, свидетельствует изменение позиции США в недавнем прошлом. Еще в 1976 году в меморандуме Совбеза США № 325⁴ говорилось о том, что США признают права Норвегии и всячески поддерживают норвежцев, но потом (видимо, после соответствующей экономической оценки) данная позиция стала существенно менее пронорвежской. Ниже приводится выдержка из упомянутого меморандума 1976 года⁵:

«Президент принял решение о том, что целью Соединенных Штатов в отношении Шпицбергена является предотвращение вторжения СССР в регион, который является частью сферы влияния НАТО, а также защита коммерческих и научных прав в местностях Шпицбергена, которые причитаются Соединенным Штатам как подписанту Договора 1920 года. Президент постановляет, что следующие принципы должны лечь в основу позиции США, с учетом консультаций с Норвегией и другими подписантами Договора о Шпицбергене относительно

³ Введена Королевским указом Норвегии № 3 от 3 июня 1977 г. «Об установлении рыбоохранной зоны вокруг Шпицбергена» (Royal Decree of 3 June 1977 No. 6 relating to a fisheries protection zone around Svalbard), в целях «сохранения живых морских ресурсов» (“preserve the living resources in the sea”).

⁴ National Security Council. April 20, 1976. National Security Decision Memorandum 325. <http://www.fordlibrarymuseum.gov/library/document/0310/nsdm325.pdf>

⁵ Там же.

норвежско-советских переговоров по делимитации в Баренцевом море и более обширному вопросу о статусе его шельфа:

– Соединенные Штаты должны проявлять *решительность при отстаивании Норвегией своих законных прав* и должны оказывать *дипломатическую поддержку норвежским усилиям по более энергичному утверждению своего суверенитета на Шпицбергене* посредством выражений поддержки и поощрения норвежцам, стимулирования поддержки, оказываемой Норвегии со стороны наших союзников и других подписантов Договора, и посредством демаршей против СССР. Такие демарши должны выступать стимулом к заинтересованности США и СССР, уменьшать напряженность и поддерживать стабильность в северном районе и должны делаться с заверением того, что Норвегия преследует тонко очерченные цели без вторжения в обособленные прерогативы СССР.

– Соединенные Штаты должны защищать свои экономические и стратегические интересы на континентальном шельфе, а также интересы своих союзников посредством получения от Норвегии, при полном принятии суверенных прав Норвегии над шельфом, соответствующих гарантий, а не посредством расширения прав по Договору о Шпицбергене. Соединенным Штатам следует продолжать настаивать на специальных правах по Договору относительно разведки и разработки минеральных ресурсов на континентальном шельфе и одновременно изучать норвежское видение и планы относительно нормативного режима для операций по разведке и разработке углеводородных ресурсов в водах региона Шпицберген.

Президент указал о необходимости предпринятия следующих конкретных мер во исполнение вышеуказанных принципов:

– Госдепартамент, консультируясь с Министерством обороны по взаимосвязанным вопросам безопасности, в том числе по интересам США в морском праве и в вопросе о демилитаризации Шпицбергена, должен проинформировать правительство Норвегии о видении и политике США.

– США должны настоятельно советовать Норвегии продолжать отвергать попытки СССР использовать секторальный подход для разрешения своего спора о границе континентального шельфа.

– Переговоры с союзниками, СССР и другими в поддержку норвежских правопритязаний на суверенитет в отношении Шпицбергена

и относительно статуса его континентального шельфа должны проводиться Госдепартаментом.

– Директор ЦРУ должен подготовить отчет о существующих на сегодняшний день советских поселениях и деятельности в регионе Шпицбергена, с тем чтобы обозначить точку отсчета, от которой можно было бы оценивать масштабы будущей активности СССР.

– Госдепартамент и Федеральное агентство по энергетике должны подготовить предварительный обзор возможных нормативных режимов, которые могли бы быть применены к исследованию и разработке углеводородов в водах района Шпицбергена при различных вариантах юрисдикций».

Как видно из цитируемого меморандума, США в 1976 году готовы были поддержать Норвегию в политике в отношении Шпицбергена, однако как только дело касалось минеральных ресурсов шельфа Шпицбергена, позиция становилась существенно более сдержанной. Права Норвегии на сухопутную часть Шпицбергена и воды местностей Шпицбергена представлялись неоспоримыми; что же касалось стремления Норвегии распространить свои суверенные права за пределы действия Парижского договора 1920 года, таковые права должны были быть дополнительно изучены и согласованы договаривающимися государствами. Как представляется, США сделали особый акцент на недопустимости *расширения* прав Норвегии на шельф Шпицбергена по сравнению с правами по Парижскому договору в одностороннем порядке, и это замечание актуально и поныне.

Тем не менее в 1977 году Норвегия вводит 200-мильную «рыбоохранную зону» вокруг Шпицбергена⁶, начинает регулировать и обеспечивать принудительное исполнение своих правовых норм за пределами вод местностей Шпицбергена. Это вызвало настороженность и недовольство среди наиболее лояльных Норвегии государств и протесты со стороны других государств, в том числе СССР.

Чехословакия, Болгария и Польша опротестовали распространение юрисдикции Норвегии на морские пространства, прямо не предусмотренные Парижским договором и образуемые Норвегией в одностороннем порядке⁷. Данная группа государств исходила из того, что

⁶ См. п. 2 выше.

⁷ T. Pedersen, T. Henriksen. The International Journal of Marine and Coastal Law 24 (2009). С. 141–161, с. 145. Дипломатическая нота Чехословакии № 99.249/77 в адрес Норвегии от 28 июля 1977 г., Дипломатическая нота Болгарии № J-198/1/1977 в адрес Норвегии

Парижский договор является *lex specialis* по отношению к Конвенции ООН по морскому праву и что права Норвегии вытекают из нее и ограничены, соответственно, правовыми нормами Парижского договора. Парижский договор, в свою очередь, не предусматривает создание такого института, как 200-мильная «рыбоохранная зона» Шпицбергена, и акт внутреннего законодательства Норвегии не может изменить эту объективную правовую реальность. В силу этого утверждалось, что указ 1977 года не может быть признан соответствующим международному праву⁸. Так, Чехословакия назвала рыбоохранную зону «неразрешенным расширением прав Норвегии» (“unauthorized extension of the rights of Norway”) и сохранила за собой право «предпринимать необходимые меры для защиты своих прав» (“take necessary measures to secure its rights”)⁹. Болгария утверждала, что норвежский Королевский Декрет «не соответствовал» Парижскому договору, и осуждала Норвегию за принятие односторонних мер, которые могли бы нарушить права, предусмотренные статьями 2 и 3 Договора¹⁰. Польша сообщила, что ни одно государство – участник Парижского договора не могло в одностороннем порядке вносить изменения в правовой режим архипелага и его морских пространств¹¹.

США, в свою очередь, не возражая явным образом против 200-мильной рыбоохранной зоны, «полностью сохранили за собой все права, которые Соединенные Штаты могут иметь в соответствии с Договором [1920 года. – *Прим. автора*], включая все права в отношении и разведки и разработки природных ресурсов континентального шельфа, относящегося к Шпицбергену»¹².

На установление Норвегией 200-мильной рыбоохранной зоны отреагировала также Великобритания. В дипломатической ноте в адрес Норвегии от 22 июля 1979 года¹³ Великобритания сообщила о своем

от 3 августа 1977 г., Дипломатическая нота Польши в адрес Норвегии от 6 июля 1977 г. (Ноты цит. по: Т. Pedersen. “The Dynamics of Svalbard Diplomacy”, *Diplomacy & Statecraft* 19 (2): 236–262).

⁸ Более обстоятельно данная позиция раскрыта в книге «Шпицберген: правовой режим прилегающих морских районов» под ред. А.Н. Вылегжанина, В.К. Зиланова. М.: Морская коллегия при Правительстве Российской Федерации. Совет по изучению производительных сил, 2006. 248 с.

⁹ Дипломатическая нота Чехословакии № 99.249/77 в адрес Норвегии от 28 июля 1977 г.

¹⁰ Дипломатическая нота Болгарии № J-198/1/1977 в адрес Норвегии от 3 августа 1977 г.

¹¹ Дипломатическая нота Польши в адрес Норвегии от 6 июля 1977 г.

¹² Дипломатическая нота США № 20 в адрес Норвегии от 20 ноября 1974 г.

¹³ Дипломатическая нота Великобритании в адрес Норвегии от 22 июля 1979 г.

отрицательном отношении к возможности распространения юрисдикции Норвегии на 200-мильную морскую зону вокруг Шпицбергена. Интересно, что Великобритания выразила официальную точку зрения на распространение юрисдикционных прав Норвегии за пределы действия Парижского договора только после того, как Норвегия сама официально «проинформировала о действиях Норвежского Королевского Правительства» Великобританию¹⁴. Как отмечает проф. Т. Педерсен, это может говорить о том, что Великобритания считает необходимым реагировать только на те изменения режима по сравнению с Парижским договором, которые были ей специально сообщены. В отсутствие уведомления Великобритания может считать, что вопрос о юридическом изменении режима, установленного Парижским договором, не поднимается¹⁵. Известно также о том, что в 2006 году Великобритания подчеркнула, что норвежское законодательство о рыбоохранной зоне и о континентальном шельфе Шпицбергена должно соответствовать Парижскому договору, и в частности положениям Договора, требующим от Норвегии открыть доступ к Шпицбергену лицам всех договаривающихся государств на равном основании¹⁶.

Франция сделала оговорку 2 августа 1977 года как в отношении континентального шельфа, так и в отношении экономической и рыбоохранной зоны вокруг Шпицбергена¹⁷. Наконец, Представитель ЕС по делам рыбного хозяйства Европейского сообщества, хотя Европейское сообщество и не было участником Парижского договора, сделал оговорку о правах на ведение рыболовства в рыбоохранной зоне для участников Сообщества в районе Шпицбергена 19 июля 1977 года¹⁸.

После прохождения консультаций с Норвегией в октябре 1977 года и дипломатической переписки в марте 1978 года Испания также оговорила за собой права из Парижского договора, сообщив, что изменения в режиме морских пространств Шпицбергена, которые могут повлиять на права договаривающихся сторон Договора, должны быть предварительно одобрены всеми подписантами Договора¹⁹. Следуя своей принципиальной позиции, Испания в дипломатической ноте от 29 июля 1986 года заявила, что Норвегия не вправе в одностороннем порядке

¹⁴ Там же.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Дипломатическая нота Великобритании № 11/06 в адрес Норвегии от 17 марта 2006 г.

¹⁷ Дипломатическая нота Франции в адрес Норвегии от 2 августа 1977 г.

¹⁸ Устная нота Комиссии ЕС No. 00146 в адрес Норвегии от 19 июля 1977 г.

¹⁹ Устная нота Испании № 24 в адрес Норвегии от 9 марта 1978 г.

регулировать рыбный промысел в водах архипелага²⁰. На следующий день Мадрид добавил в другой дипломатической ноте, что спорная территория должна пользоваться режимом открытого моря²¹. Мадрид сообщал, что Норвегия в соответствии с Парижским договором должна была провести консультации с иными участниками Договора и только после этого принудительно исполнять предусмотренные внутренним законодательством меры против рыболовецких судов в рассматриваемых морских пространствах. Соответственно, Испания распространила среди судов своего флага сообщение о том, что они были свободны продолжать мореплавание и лов рыбы, несмотря на предписания Норвегии, а в дипломатическом письме проинформировала Норвегию о том, что передаст вопрос на рассмотрение «компетентных международных судов» для прояснения юрисдикционного вопроса²².

Испанию частично поддержал Представитель ЕС по делам рыбного хозяйства (Directorate-General for Fisheries) в Брюсселе, который также возразил против односторонних действий Норвегии, которые могли дискриминировать права сторон Парижского договора. Отмечая необходимость в защите морской среды Шпицбергена, Представитель ЕС по делам рыбного хозяйства предложил создать совместную рабочую группу ученых, с мандатом изучить «биологическую ситуацию» и оценить «различные элементы» для сбалансированного управления рыбными ресурсами²³.

Когда Исландия присоединилась в 1994 году к Парижскому договору, Рейкьявик внес собственный вклад в оспаривание юрисдикционных притязаний Норвегии на 200-мильную рыбоохранную зону вокруг Шпицбергена. Последовал целый ряд протестных дипломатических нот от Исландии в адрес Норвегии, и, в частности, в 2000 году Исландия указала, что рыбный промысел за пределами территориальных вод Шпицбергена должен рассматриваться в качестве «рыбного промысла вне пределов юрисдикции какого бы то ни было государства»²⁴. 19 августа 1994 года исландский министр иностранных дел Джон Балдвин Ганнибалссон (Jón Baldvin Hannibalsson) дал интервью норвежской газете «Дагбладет» (*Dagbladet*), в котором изложил

²⁰ Дипломатическая нота Испании № 54/18 в адрес Норвегии от 29 июля 1986 г.

²¹ Дипломатическая нота Испании № 56/18 в адрес Норвегии от 30 июля 1986 г.

²² Дипломатическая нота Испании № 56/18 в адрес Норвегии от 30 июля 1986 г.

²³ Нота Европейского сообщества в адрес Норвегии от 31 июля 1986 г.

²⁴ Нота Исландии № UTN00030094/47.F.002, переданная Норвегии 22 сентября 2000 г.

видение Исландии на «условный суверенитет» Норвегии над Шпицбергом²⁵: Норвегия должна уважать обязательство, которое на себя взяла перед остальными государствами в соответствии с Парижским договором; принцип равноправия применяется в пределах 200-мильной зоны, не только 12-мильной зоны, в отношении всех участников Договора. Хотя г-н Ганнибалссон пригласил Норвегию к столу переговоров для «окончательного урегулирования» вопроса по Шпицбергену, он также отметил, что Исландия была готова передать рассмотрение данного вопроса в Международный суд ООН для защиты собственных интересов. Г-н Ганнибалссон охарактеризовал данную меру как крайнюю, добавив, что «едва могут быть сомнения», что Суд примет решение не в пользу Рейкьявика.

Дания, от имени автономии Гренландии, 8 августа 1986 года выразила аналогичный протест против осуществления Норвегией юрисдикции в 200-мильной зоне. Правительство автономии Гренландии охарактеризовало действия Норвегии как односторонние и незаконные, обратив внимание на то, что норвежские предписания о 200-мильной зоне вокруг Шпицбергена «изменяют условия» осуществления рыбного промысла гренландцами²⁶.

Фарерские острова, автономия Дании, были в числе тех редких государств, которые поддержали Норвегию – в свете «права Норвегии принимать меры для защиты окружающей среды в рыбоохранной зоне», но в пределах, обусловленных Парижским договором и объективными биологическими критериями. Эта позиция остается неизменной и по нынешний день. Очевидно, *теперь* поддерживает Норвегию Дания – не только в вопросе рыбоохранной зоны, но и в правопритязаниях Норвегии на континентальный шельф Шпицбергена: в 2006 году Дания даже заключила от имени Гренландии соглашение с Норвегией о делимитации континентального шельфа между Гренландией и Шпицбергом. Президент Финляндии Урхо Кекконен (Urho Kekkonen) также выразил поддержку норвежской правовой позиции в ходе своего визита в Осло в сентябре 1976 года, но это был, скорее, политический торг за поддержку Норвегией в западногерманском вопросе²⁷. Нидерланды признали «юрисдикцию» Норвегии за пределами территориальных вод

²⁵ Jón Baldvin Hannibalsson, “Norge Har Tatt Seg Til Rette,” Dagbladet, 19 августа 1994 г.

²⁶ Дипломатическая нота Дании № 63.D.3 от имени Автономии Гренландии в адрес Норвегии от 8 августа 1986 г.

²⁷ Tamnes, Oljealder 1965–1995, 55–56. С. 311.

местностей Шпицбергена, но утверждали, что положения Парижского договора применялись к морским зонам, образуемым самим архипелагом, «что подразумевает, *mutatis mutandis*, признание Норвегией равных прав в пределах этой зоны для всех сторон Договора по Шпицбергену» (“which implies, *mutatis mutandis*, the recognition by Norway of equal rights within this zone for all parties to the Svalbard Treaty”)²⁸.

Начиная с 2004 года позиции и точки зрения в отношении морских пространств и континентального шельфа Шпицбергена становятся все более и более согласованными на международном уровне между участниками Договора по Шпицбергену, а также со стороны ЕС. На фоне повышения напряженности в отношениях с Норвегией в вопросе о Шпицбергене в августе 2004 года Исландия открыто искала общую международную оппозицию норвежской точке зрения. В Испании и других государствах вопросу о Шпицбергене уделялся повышенный интерес. Великобритания начала заявлять о необходимости формирования «интернационализированного подхода» к проблематике Шпицбергена²⁹.

Таким образом, следует сделать вывод о том, что позиция Норвегии в отношении расширения своих юрисдикционных прав в противовес Парижскому договору находит в настоящее время некоторое противодействие со стороны заинтересованных государств. Вместе с тем следует признать, что правовая позиция ряда стран – участниц Договора 1920 г. не всегда была последовательной и однозначно направленной против законодательных новелл Норвегии, хотя сам факт наличия несогласия (в той или иной форме) заинтересованных государств с расширением юрисдикционных прав Норвегии по Договору не позволяет утвердиться правопритязаниям Норвегии на континентальный шельф и 200-мильную морскую зону вокруг архипелага.

Библиографический список

Вылегжанин А.Н. Современные вопросы исполнения Договора о Шпицбергене (к 90-летию Договора). – Международное право. № 1(41)/2010. С.191-217.

Вылегжанин А.Н., Зиланов В.К. «Шпицберген: правовой режим прилегающих морских районов». М.: Морская коллегия при

²⁸ Дипломатическая нота Нидерландов № 2238 в адрес Норвегии от 3 августа 1977 г.

²⁹ Дипломатическая нота Великобритании № 11/06 в адрес Норвегии от 17 марта 2006 г.

Правительстве Российской Федерации. Совет по изучению производительных сил, 2006. 248 с.

Churchill, R. Competing Claims in Svalbard's Offshore Areas. UK: University of Dundee. <http://www.virginia.edu/colp/pdf/Churchill-Svalbard.pdf>.

T. Pedersen, T. Henriksen. The International Journal of Marine and Coastal Law 24 (2009) 141-161.

Standpoints of States with Regard to the Legal Regime of Economic Activity at Spitsbergen and in the Adjacent Maritime Areas (Summary)

*Vera M. Savva**

Reversal of the Norwegian policy in the middle 70s of the past century towards unilateral regulation of economic activity in the 200 Mile maritime zone beyond the limits of territorial waters of Spitsbergen induced mixed response on the part of interested states. The majority of arctic states took negatively the efforts of Norway to modify the current multilateral regime of maritime zones of Spitsbergen which was based on Paris Treaty 1920 and still do not recognise the jurisdictional claims of Norway which do not find their support in Paris Treaty 1920 by its integrated analysis. In this publication the author aims to draw attention of the Russian audience to the standpoints of some foreign states that are broadly involved in the economic activity in the Spitsbergen waters, with regard to extension by Norway of its jurisdictional claims beyond the territorial waters of Spitsbergen.

Keywords: Norway; Spitsbergen Treaty; Arctic.

* Vera M. Savva – MA in Law, post-graduate student of the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia. vera.savva@gmail.com.

ИЗБРАННЫЕ ДЕЛА КОЛЛЕГИИ АДВОКАТОВ «МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СТЕПАНОВ И ПАРТНЕРЫ»

Международные стандарты регулирования ответственности в сфере конкуренции*

*Монастырский Ю.Э.***

Уважаемые участники!

Позвольте поблагодарить организаторов конференции за предоставленную возможность выступить на наиболее важную тему об ответственности за несоблюдение конкурентного законодательства. В узком правовом смысле данная ответственность означает санкции, налагаемые на нарушителя. Они являются главным инструментом регулирования, так как их действенность, четкость, эффективность и предвидимость заставляют субъектов исполнять нормативные, а в конкурентной сфере еще и адресные предписания уполномоченных органов. Если механизм присуждения несовершенен, он оказывает не упорядочивающий, а дезорганизирующий эффект.

По закону виновные лица могут подвергаться административным, гражданским и уголовным санкциям. По этим вопросам третий антимонопольный пакет содержит ряд нововведений.

1. Административная ответственность

Напомним об общеправовой модели наложения санкций. Условием здесь является поведение субъекта, причинившего ущерб при достаточной причинно-следственной связи первого и второго и вине

* По материалам выступления на конференции Объединения Корпоративных Юристов «Практические проблемы применения законодательства о защите конкуренции в свете третьего антимонопольного пакета» 22 февраля 2012 г.

** Монастырский Юрий Эдуардович – к.ю.н., партнер Коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнёры». www.mzs.ru.

нарушителя. В сфере охраны конкурентной среды в предпосылках ответственности наблюдаются крупные различия, которые при своеобразной юридической технике закона, его формулировок и терминологии дают основу для широчайшего усмотрения антимонопольного органа и суда, а также способны порождать систематические курьезы в правоприменении. В нашей практике это наблюдается довольно часто.

То, что в административном праве в целом и статьях, относящихся к конкуренции, в особенности, бездействие может составить проступок, не лучший пример юридической техники при расплывчатости обязанностей, параметров их исполнения, сроков и пр. (в отличие от гражданского права, где содержания тех или иных требований и имущественных ожиданий всегда ясны). В конкурентной сфере виновная деятельность должна быть активной. Если имеет место отказ от подписания сделки, то здесь речь должна идти о несостоявшемся юридическом факте, несоблюдении норм о публичных договорах и т.д. Уклонение, как правило, выражается в фактических действиях, деятельности. Особенно адекватным здесь видится термин «антиконкурентное поведение». Даже при заключении разного рода соглашений, могущих влиять на рыночную обстановку, нарушение возникает не в момент их подписания, а когда это подписанное стали исполнять. «Для юридической оценки важна не злая воля сама по себе и не результат деяния сам по себе, который может быть случайным, а только связь намерения с результатом или степень реализации злой воли в деянии»¹.

Антимонопольный орган только и должен оценивать фактические действия. Случаи вмешательства в гражданско-правовую сферу, дисквалификаций сделок как таковых должны быть максимально ограничены законом, иначе это создает базу для неоправданного вторжения в имущественный оборот. Прямо обозначенная возможность трактовать бездействие как административный проступок чревата перекосами. Она не вяжется с принципом и целью конкурентного права – гарантирование экономической свободы субъектов.

Если пассивность считать равноценной незаконной деятельности, то из этого можно вывести, что производитель, переставая изготавливать и поставлять на рынок определенную продукцию, совершает серьезное правонарушение, он ослабляет соревнование участников рынка и таким образом ухудшает конкуренцию.

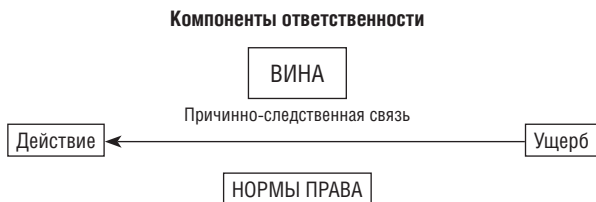
¹ В. Соловьев. Оправдание добра: нравственная философия. М.: Республика, 1996 г. С. 334.

Второй отличительной чертой ответственности является природа ущерба. В отличие от уголовного и гражданского, в административном праве ущерб вообще может выражаться в нарушении правопорядка и подразумевает вред любого рода на стороне множества лиц.

Явной особенностью в конкурентном регулировании обладает такое базовое понятие, как вина. Гуманистическое направление юриспруденции связывает ее с отношением участника оборота к своему виновному действию, к себе и его последствиям. Иными словами, он освобождается от ответственности за случай, который, по меткому выражению одного из теоретиков, «есть вторжение внешних сил в нормальный ход событий». Корректировка данного принципа происходит за счет распределения бремени рисков в более конкретизированных случаях.

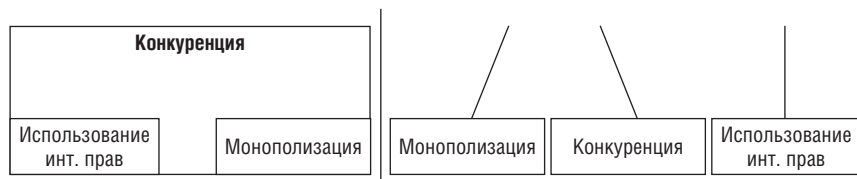
Однако в КоАП мы видим иной подход применительно к организациям (ст. 2.1, п. 2: «Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению»). Здесь в чистом виде получила выражение так называемая «поведенческая концепция» строгой ответственности, в том числе за случай, в отличие, конечно, от непредотвратимых событий (или непреодолимой силы). Условием здесь является «комплекс негативных элементов, обусловленных дезорганизацией деятельности юридического лица, непринятием им необходимых мер для надлежащего исполнения возложенных на него обязанностей, неприменением требуемых усилий для предупреждения правонарушений и устранения их причин».

Для нас, практикующих юристов, важно знать, что применительно к руководителям, чиновникам, индивидуальным предпринимателям в вопросе установления вины должна использоваться более мягкая психологическая теория, которая исключает ответственность за любое внешнее и реальное случайное обстоятельство.



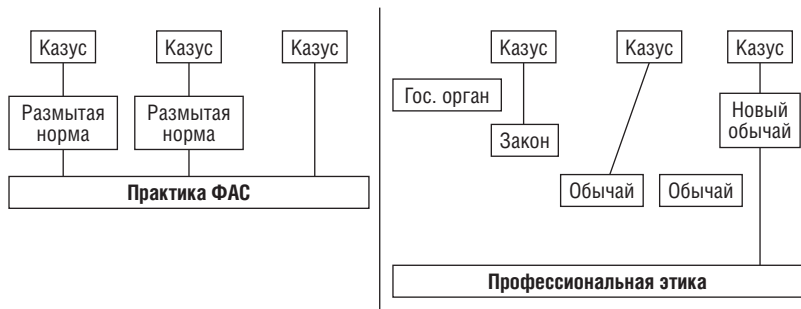
И, наконец, упомянем самое важное отличие национального конкурентного права, которое в первую очередь объясняет возможность широчайшего усмотрения органов ФАС при решении вопроса о возложении ответственности на субъектов. Помимо того, что категория вины для компаний понимается чрезвычайно широко и выражена она в непринятии ожидаемых мер по предотвращению нарушений, имеется гораздо более весомый правовой фактор для частого отнесения предпринимательских операций к разновидности противозаконных. Дело в том, что сама вина, какой бы строгой она ни была, проявляется и может существовать при одном важном установлении о том, что поведение субъекта не укладывается в нормативные предписания и является противоправным. Но, к сожалению, общие запреты «создавать возможность ограничения конкуренции» или «ущемлять права» иных участников нейтрализуют это базовое условие, и в широчайшем спектре случаев объявлять то или иное поведение антиконкурентным не составит большого труда, хотя природа естественной конкуренции – это всегда ограничение возможностей и стеснение конкурентов, заключающееся в убывании доли рынка и недополучении дохода. Не будет преувеличением сказать, что налицо нормативная возможность управляться с участниками рынка, как с фигурами на шахматной доске.

Концепция правовой охраны честной экономической соревновательности в нашей стране, несмотря на доступность зарубежного опыта, несет печать национального своеобразия. Это в первую очередь увлечение категорией монополизма (злоупотребление доминирующим положением), который есть частный случай недобросовестной конкуренции, как, скажем, и несанкционированное использование чужих средств индивидуализации или нечестная реклама. Это порождает трудности при принятии решений, так как делает абсолютным условие об обязательном установлении границ рынка.



В судебной практике европейских стран последовательно выдерживается направленность на соблюдение «правил игры» участниками рынка, там в первую голову используется понятие «недобросовестность»,

которое не так уж абстрактно, как кажется на первый взгляд. Почему? Потому что оно применительно к отдельно взятой отрасли экономики основано на правилах бизнес-этики и поднятых на уровень правовых норм обычаях делового оборота, устанавливаемых судом и доказываемых конкурентами как в административных, так и в гражданских процессах. Таким образом, в эту сложную и в полном смысле стихийную среду привносятся элементы саморегулирования и самоуправления наряду с государственным контролем. Например, только обычай делового оборота, ставший нормативным положением, может ответить на вопрос, является ли переманивание персонала у других компаний отрасли недобросовестной конкуренцией. Наверное, нет, скажем, в хлебопекарной промышленности и скорее да – на рынке юридических услуг.



2. Имущественные санкции по искам частных лиц

Задействие механизмов гражданского права зависит от дополнительных усилий участников рынка, творческой позиции Высшего арбитражного суда, что совсем не стимулируется именно нормами, важнейшие из которых должны быть посвящены ответственности. ГК закрепляет систему «смешанного деликта», где наряду с перечислением различных составов правонарушений говорится: «Любой вред возмещается в полном объеме» (ст. 1064 ГК). Чрезвычайно трудно задействовать частные средства правовой защиты при доктринальном понимании термина «вред», так как он причиняется наличному имуществу жертвы (прямой ущерб). Справедливости ради нужно сказать, что в соответствии со ст. 1082 ГК суд в зависимости от обстоятельств может присудить убытки, но в большинстве случаев это не упущенная выгода, а лишь прямой ущерб, который взыскивается вместо вреда согласно принципу полного его возмещения.

Нормативную основу требований за антиконкурентное поведение должна составить новая статья о специальном деликте, где бремя доказывания вины нес бы потерпевший (общая презумпция виновности здесь неработоспособна), где было бы четкое указание об уполномоченности взыскивать недополученные доходы и затраты, возникшие в результате нарушения.

Статья 10 ГК позволяет потерпевшему в роли ответчика защищаться от исков, но не взыскивать. Лишь в связи с реформой гражданского законодательства могут быть внесены изменения о праве искать присуждение за злоупотребление. Конечно, имеется ст. 15 ГК о полном возмещении всех убытков в случае правонарушения, но она требует известной юридической изобретательности в доказывании противоправности и главное – в трактовке содержания размытых норм закона о конкуренции. Их конкретизацией являются те самые предпринимательские обыкновения, сложившиеся в различных отраслях и сферах деятельности. А наши суды обычаи делового оборота и лежащие в основе нормального судебного рассуждения презумпции не применяют.

3. Уголовные наказания

До последнего времени правоохранительные инструменты для целей излечения конкурентной среды не работали. Статья 147, призванная пресекать умышленные преступления в области интеллектуальных прав, помещаемая до сих пор в главе об охране личности, подразумевает, что потерпевшими в этой сфере могут быть только физические лица, хотя очевидно, что исключительными имущественными правами обладают в основном реализующие их на промышленном уровне организации.

Комментаторы и практики сетовали, что ст. 178 УК была парализована таким элементом состава, как наличие крупного (свыше 1 млн рублей) ущерба, причиненного нарушениями в области конкуренции, так как органы следствия понимали термин «ущерб», который в реальности выражается в неполученных доходах, слишком буквально.

Статистика свидетельствовала о том, что уголовно-правовые механизмы и в самом деле не использовались, и в значительной степени из-за отсутствия организационных мер в МВД.

Поправки в Уголовный кодекс вводят следующее радикальное нововведение: «Лицо, совершившее преступление, освобождается от уголовной ответственности, если оно ... иным образом загладило вред,

причиненный в результате действий, предусмотренных настоящей статьёй...». Любопытно, как же это может сработать, учитывая, что органы ФАС уголовные дела не возбуждают, а делают это по собственной инициативе полицейские.

Главным подковерным механизмом и стимулом к нарушениям в сфере конкуренции является коррупция, одно из самых латентных преступных деяний. Средства конкурентного права направлены на подавление внешнего результата этого весьма распространенного феномена, а вот законодательные основы борьбы с коммерческим подкупом как таковым далеки от совершенства.

Небезынтересно отметить, что, являясь участником Конвенции ООН против коррупции (31.10.2003) и Декларации ООН о борьбе с коррупцией в международных коммерческих операциях (16.12.1996), Россия не спешит приводить свое законодательство в соответствие с базовыми принципами этих документов. В праве РФ до сих пор юридическое лицо не может быть объектом уголовного преследования, несмотря на общепризнанный европейский подход в борьбе с взятками и антиконкурентным поведением, к которым прибегают именно монополисты для получения заказов, льгот и преференций. В результате лоббистская коррупция в сфере крупного бизнеса эффективно не расследуется, а на замешанные юридические лица не могут накладываться крупные штрафы.

Следует отметить, что в соответствии с положениями Конвенции Совета Европы «Об уголовной ответственности за коррупцию и недолжное влияние» (27.01.1999) Российская Федерация обязалась выполнить ряд мер, направленных на противодействие коррупции, в частности «принять такие законодательные и иные меры, которые могут потребоваться для обеспечения того, чтобы юридические лица могли быть привлечены к ответственности в связи с совершением уголовных правонарушений, заключающихся в активном подкупе, злоупотреблении влиянием в корыстных целях и отмывании доходов, признанных в качестве таковых в соответствии с настоящей Конвенцией и совершенных в их интересах каким-либо физическим лицом, действующим в своем личном качестве или в составе органа юридического лица и занимавшим руководящую должность в юридическом лице» (ст. 18).

К настоящему времени указанные обязательства РФ не исполнила.

Несмотря на все вышесказанное, российское юридическое сообщество приветствует принятие упомянутых изменений в конкурентное

законодательство, с энтузиазмом и надеждой ожидает действительно-го правового влияния обновленных нормативных актов на предпринимательскую среду и востребованность юридических услуг в целом.

International Standards for Regulation of Competition Liability^{*}

*Yuri Monastyrsky^{**}*

Let me thank the authors of this conference for the granted opportunity to speak on a most important topic regarding responsibility for non-compliance with competition law. In the narrow legal sense, such responsibility means any penalties being imposed on a violator. They are the main tool for regulation, because their effectiveness, clearness, efficiency and predictability should force any person to comply with the regulatory and, as concerns competition, any personal prescriptions issued by the competent authorities. If an enforcement mechanism is imperfect, then it will promote disorder rather than order.

According to the law, a guilty person may incur administrative, civil or criminal liability. The third antimonopoly package contains a number of novelties in this regard.

1. Administrative responsibility

Let me remind you of the general legal model of penalty application. The condition here is the behaviour of the person who has inflicted the damage, subject to a sufficient cause-and-effect relationship between the former and the latter and the fault of the violator. As regards the protection of a competitive environment, the prerequisites for responsibility have some major distinctions which, given the specific legal techniques of the law, its language and terminology, provide the basis for a broadest discretion of antimonopoly authorities and courts and can persistently produce absurd results in law application. This occurs frequently in our practice.

^{*} Adapted from the presentation prepared for Corporate Counsel Association conference “Practical Aspects of Applying Legislation on Competition in Light of the Third Antimonopoly Package” on February 22, 2012.

^{**} Yuri Monastyrsky – Ph.D. in Law, partner of the law firm “Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners”. www.mzs.ru.

What makes inactivity an offence in administrative law as a whole and in its competition-related paragraphs in particular is an example of poor legal techniques involving the vagueness of duties, of the terms and dates of their performance etc. (in contrast to civil law where the contents of any claims or property expectations are always clear). To be liable, any behaviour in the field of competition should be active. Any refusal to sign a transaction should involve a non-existent legal fact, failure to comply with rules. Evasion normally expresses itself in actual acts or activities. The term “anti-competitive behaviour” appears especially adequate in this context. Even where an agreement of any kind capable of influencing the market environment is entered into, a violation will occur not when such an agreement is signed but when performance under the agreement starts. “For the purpose of legal evaluation, neither the evil will in itself nor the result of the relevant act is important, but the only thing that matter is the link between the intention and the result or the degree to which the evil will is implemented in the act.”²

It is only factual acts that should be evaluated by an antimonopoly authority. Any interference with the field of civil law or disqualification of transactions as such should be as much as possible limited by law, otherwise that would provide the basis for unjustified intervention into commercial turnover. The express possibility of treating inactivity as an administrative offence can lead to distortions. It would be incompatible with the principle and purpose of competition law, i.e. guaranteeing economic freedom to any persons.

If passivity were deemed to be equivalent to illegal activity, then one could conclude that a manufacturer, by ceasing to produce and supply certain products to the market, commits a serious offence by means of weakening rivalry between the market players and, therefore, reducing competition.

The second specific feature of responsibility is the nature of damage. In contrast to criminal and civil law, damage in administrative law can generally manifest itself in a violation of public order and involves the infliction of any kind of harm to multiple persons.

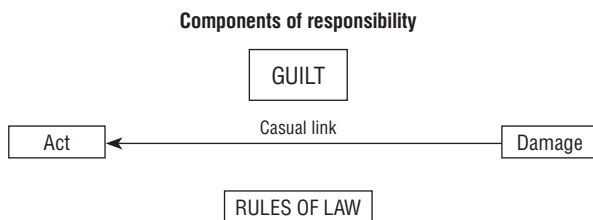
Such a basic notion as fault is clearly different in the regulation of competition. The humanistic line of jurisprudence associates it with a person’s relationship with his or her culpa act, himself or herself and its consequences. In other words, the person will be excused from responsibility

² V. Solovyev, *The Justification of Good: An Ethical Philosophy* – Respublika, 1996 – p. 334 (written in 1897).

for any occurrence which is, as one of the scholars aptly noted, “the intervention of external forces into the normal course of events”. This principle will be adjusted by the allocation of the risk burden in more specific cases.

However, we see a different approach towards organisations in the Code of Administrative Offences (“CAO”) (Article 2.1(2): “A legal entity will be declared liable for an administrative offence, if it is established that it had the ability to comply with the relevant rules or provisions non-compliance with which leads to administrative responsibility according to the laws, but that entity failed to take all measures within its power to comply therewith”). This is a clear expression of the so-called “behavioural concept” of strict responsibility, including responsibility for any event other than, of course, unavoidable events (or force majeure). Such responsibility is conditional upon the existence of “a set of negative elements caused by the disorganisation of the legal entity’s activities, its failure to take any necessary measures to perform its duties properly or its failure to use any required efforts to prevent any violation of law and eliminate any causes therefor”.

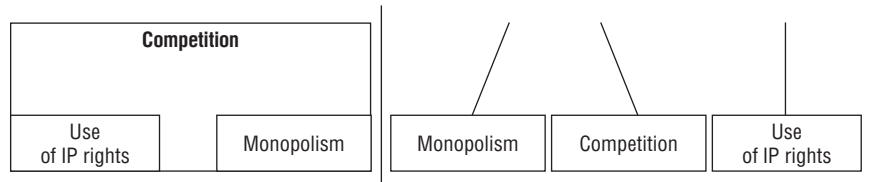
It is important for us, legal practitioners, to know that the less stringent psychological theory which rules out responsibility for any external and real accidental circumstance should apply to any manager, official or individual entrepreneurs as regards the establishment of guilt.



And, finally, let us mention the most important distinctive feature of Russian national competitive law which primarily explains the broadest discretion given to the Federal Antimonopoly Service (“FAS”) divisions in deciding as to whether any person should be held responsible. In addition to the fact that the definition of guilt for companies is understood in an extremely broad manner and includes failure to take any expected measures to prevent any violation, there exists a far more important legal factor due to which business transactions can be declared unlawful. The matter is that guilt, however strict it is, manifests itself and can exist subject

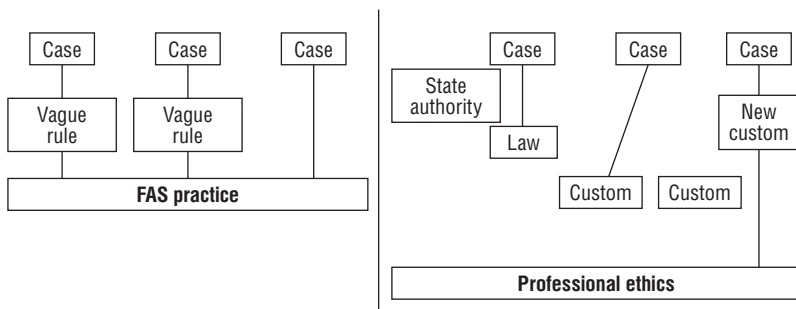
to one important prerequisite, namely that the behaviour of the person goes beyond that which is prescribed by the regulations and is against the law. But, unfortunately, the general prohibitions on “creating potential restrictions on competition” or “impairing the rights” of other market players neutralise this basic condition, and, in a broadest range of cases, it would not be very difficult to declare some behaviour anti-competitive, although natural competition is always aimed at restricting the opportunities of and putting pressure upon competitors, that results in a reduction of their market shares and revenues. It would not be an exaggeration to say that there exists a legal possibility of commanding market players like figures on a chessboard.

The concept of legal protection of fair business competition, despite the availability of international experience, differs from such experience and has distinctive national features. It is primarily characterised by an excessive emphasis on the doctrine of monopolism (abuse of a dominant position), which is just an inherent part of unfair competition, along with, for example, unauthorised use of other persons’ identification means or unfair advertising.



This produces difficulties in decision making, because this establishes an absolute condition that the limits of the relevant market must always be determined.

Court practice in the European countries consistently refers to the observance of “the rules of play” by the market participants; first of all, it uses the term “unfairness” which is not so abstract as it may seem at the first sight. Why? Because, as regards a specific segment of the economy, it is based on the rules of business ethics and on the business customs brought to the level of law, which can be established by courts and proved by competitors in both administrative and civil proceedings. Therefore, elements of self-regulation and self-government, along with state control, are brought into this complex and totally stochastic environment. For example, only a business custom which has become a regulation can answer the question as to whether the solicitation of personnel from other companies in the same industry constitutes unfair competition. Perhaps the answer is “no” in baking and rather “yes” in legal services.



2. Property remedies under private claims

The use of civil law mechanisms depends upon the additional efforts of market players and the creative position of the High Arbitrazh Court which is quite discouraged by the applicable rules the most important of which should be devoted to responsibility. The Civil Code establishes the system of “mixed tort” and, in addition to a list of various offences, states as follows: “any harm shall be redressed in full” (CC Article 1064). It is extremely difficult to exercise any private remedies given the doctrinal understanding of the term “harm”, since any harm may only be caused to the actual property of the harmed person (direct damage). For the sake of justice, it should be said that, in accordance with Article 1082 of the Civil Code, the court may, depending upon the circumstances, award losses, but they will include, in most cases, only direct damages which will be payable instead of the harm according to the principle of its full compensation, but will not include any lost profit.

The regulatory basis for claims with respect to anti-competitive behaviour should be formed by a new article on special tort according to which the harmed person would bear the burden of proving the guilt (the general presumption of guilt would be inapplicable here) and which would contain a clear indication to the power to recover any lost income or costs arising from the violation.

Article 10 of the Civil Code allows the harmed person acting as a defendant to defend himself from claims but not to claim. It is only as part of civil law reform that amendments regarding the right to seek relief for abuse may be made. Of course, there exists Article 15 of the Civil Code regarding full compensation for all damages in the event of a violation of law, but it requires a certain legal ingenuity in proving the fact of unlawfulness and, most importantly, the contents of the vague

provisions of the competition law. Those provisions could be made more specific by using the business customs established in the various industries and businesses. However, our courts do not apply the business customs and the presumptions underlying any normal judicial discourse.

3. Criminal penalties

Until recently, the law enforcement tools did not work for the purpose of curing our competitive environment. Article 147 which is intended to stop intentional crime in the field of intellectual property rights and which is still included in the chapter devoted to the protection of personal rights, implies that only individuals may act as harmed persons in this field, although it is clear that exclusive proprietary rights are mainly held by those companies which commercialise them.

Some commentators and practitioners complained that Article 178 of the Criminal Code was paralysed by such a criterion of responsibility as the existence of large (in excess of one million roubles) damage caused by competition-related offences, since the investigating authorities used a too literal meaning of the term “damage” which means an expected income.

Statistical data demonstrated that no criminal law mechanisms were used indeed, largely due to the absence of appropriate arrangements within the Interior Ministry.

The amendments to the Criminal Code introduce the following radical novelty: “A person who has committed a crime shall be excused from criminal responsibility, if it has... otherwise satisfied the aggrieved party.” I wonder how it could work, given that the FAS does not initiate criminal cases, but they would rather be opened by the police on their own initiative.

The key hidden mechanism and incentive for violations in the field of competition is corruption, one of the most latent kinds of crime. The tools of competition law are aimed at suppressing a visible result of this ubiquitous phenomenon, but the legal framework for fighting commercial bribery as such are far from being perfect.

It is not uninteresting to note that, being a member of the UN Convention against Corruption (31 October 2003) and the UN Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions (16 December 1996), Russia does not hurry to bring its laws into conformity with the basic principles of those documents. In Russian law, a legal entity still cannot be criminally prosecuted, despite the generally recognised European approach in fighting bribery and anti-competitive behaviour,

the very practices that are used by monopolists in order to obtain orders, benefits and preferences. As a result, no effective investigation into lobbyist corruption in large business is possible, and no large fines can be imposed upon the legal entities involved.

It should be noted that, in accordance with the provisions of the Council of Europe's Criminal Law Convention on Corruption and Improper Influence (27 January 1999), the Russian Federation undertook to take a series of anti-corruption measures and, in particular, to "adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for the criminal offences of active bribery, trading in influence and money laundering established in accordance with this Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person" (Article 18).

To date, the Russian Federation has failed to comply with those obligations.

Notwithstanding the aforesaid, the Russian legal community welcomes the adoption of the above-mentioned amendments to competition legislation and looks forward with enthusiasm and hope to an effective legal influence that the amended regulations should have upon the business community and upon demand for legal services as a whole.

Особенности взаимоотношений между исполнительной и законодательной ветвями власти в Израиле

*Маламуд А.И.**

Статья посвящена особенностям взаимоотношений между исполнительной и законодательной ветвями власти в Израиле, где правительство страны на всем протяжении истории государства оказывает большое влияние на деятельность парламента. Актуальность обусловлена рассмотрением в статье новых предложений, реализация которых позволила бы повысить эффективность парламентского контроля над деятельностью правительства.

Ключевые слова: исполнительная и законодательная власть Израиля; законотворческая деятельность; парламентский контроль над деятельностью правительства.

Государство Израиль повсеместно признано демократическим, что, казалось бы, должно подразумевать и то, что в стране неукоснительно соблюдается принцип разделения властей. В реальности, однако, ситуация в этой сфере была и остается весьма сложной и запутанной. В настоящей работе на основе анализа большого корпуса документов и статистических материалов, впервые вводимых в отечественный научный оборот, критически переосмысливаются взаимоотношения между правительством и парламентом Израиля. В заключительной части статьи рассматриваются новые предложения, реализация которых позволит обеспечить большую независимость ветвей власти друг от друга.

* Маламуд Алина Игоревна – соискатель кафедры конституционного права МГИМО (У) МИД России.

На всем протяжении истории Государства Израиль правительство страны оказывало огромное влияние на деятельность парламента (Кнессета). На то были две очевидные причины: во-первых, почти все министры, входившие в состав всех правительств, были одновременно депутатами Кнессета, а во-вторых, само существование правительства зависело и зависит от поддержки коалиции в Кнессете: в случае, если правительство не опирается на поддержку большинства парламентариев, оно будет смещено в ходе голосования по вотуму недоверия, проходящему едва ли не еженедельно.

Нужно отметить, что действующим законодательством установлено разное количество чтений, необходимых для принятия законопроекта, выдвигаемого отдельными депутатами и выдвигаемого от имени правительства: в последнем случае нет необходимости в предварительном чтении. Учитывая, во-первых, что голосование по почти всем законопроектам во втором и в третьем чтениях проходят одновременно, а во-вторых, что от одного созыва Кнессета к другому переходят только законопроекты, принятые как минимум в первом чтении, правительство получает существенное преимущество в сфере законотворчества.

Существующая в рамках правительства Межминистерская комиссия по законодательству является органом, который в значительной мере определяет повестку дня Кнессета. Собранные в рамках настоящего исследования данные показывают, что в «эпоху Бен-Гуриона» – формативный период израильской государственности – более 93% принимаемых законов были именно правительственными инициативами. В первые же шесть лет работы Кнессета правительственными инициативами были более 98% принятых им законов!

**Доля правительственных законопроектов
в общем числе принятых Кнессетом законов
(эпоха абсолютного доминирования, 1949–1965 гг.)**

Созыв Кнессета	Годы работы	Принятые частные законопроекты, в т.ч. в процентах от общего числа принятых законов		Принятые правительственные законопроекты, в т.ч. в процентах от общего числа принятых законов	
Кнессет I созыва	1949–1951	4	2,0%	200	98,0%
Кнессет II созыва	1951–1955	5	1,8%	274	98,2%
Кнессет III созыва	1955–1959	21	7,4%	264	92,6%

Кнессет IV созыва	1959–1961	13	10,5%	111	89,5%
Кнессет V созыва	1961–1965	34	12,2%	244	87,8%
Всего	1949–1965	77	6,6%	1,093	93,4%

С течением времени доля частных законопроектов, подаваемых отдельными депутатами, постепенно росла (достигнув в Кнессете XI созыва 24,5% принятых законов), но до конца 1980-х гг. в общем числе принимаемых законов численность правительственных законопроектов как минимум втрое превышала численность инициатив отдельных парламентариев. Иными словами, на протяжении первых сорока лет израильской политической истории правительство занимало доминирующее положение и в сфере законодательства.

**Доля правительственных законопроектов
в общем числе принятых Кнессетом законов
(эпоха уверенного доминирования, 1965–1988 гг.)**

Созыв Кнессета	Годы работы	Принятые частные законопроекты, в т.ч. в процентах от общего числа принятых законов		Принятые правительственные законопроекты, в т.ч. в процентах от общего числа принятых законов	
Кнессет VI созыва	1965–1969	25	9.7%	234	90.3%
Кнессет VII созыва	1969–1973	40	12.5%	279	87.5%
Кнессет VIII созыва	1973–1977	72	20.0%	288	80.0%
Кнессет IX созыва	1977–1981	81	21.0%	304	79.0%
Кнессет X созыва	1981–1984	30	16.2%	155	83.8%
Кнессет XI созыва	1984–1988	71	24.5%	219	75.5%
Всего	1965–1988	319	17.7%	1,479	82.3%

Лишь начиная с конца 1980-х гг. депутаты Кнессета смогли в какой-то мере освободиться от доминирования правительства над процессом законотворческой деятельности. В последние два десятилетия примерно половина законов, принимаемых Кнессетом, была изначально внесена отдельными депутатами, тогда как другая половина – правительством.

**Доля правительственных законопроектов
в общем числе принятых Кнессетом законов
(эпоха парламентско-правительственного паритета,
1988–2009 гг.)**

Созыв Кнессета	Годы работы	Принятые частные законопроекты, в т.ч. в процентах от общего числа принятых законов		Принятые правительственные законопроекты, в т.ч. в процентах от общего числа принятых законов	
Кнессет XII созыва	1988–1992	143	40.7%	208	59.3%
Кнессет XIII созыва	1992–1996	250	53.4%	218	46.6%
Кнессет XIV созыва	1996–1999	140	51.2%	133	48.8%
Кнессет XV созыва	1999–2003	241	51.0%	231	49.0%
Кнессет XVI созыва	2003–2006	215	51.7%	201	48.3%
Кнессет XVII созыва	2006–2009	226	48.8%	237	51.2%
Всего	1988–2009	1215	49.7%	1228	50.3%

Данные, представленные выше, – собранные, систематизированные и проанализированные впервые в научной литературе, – при всей их значимости позволяют, однако, увидеть лишь часть картины. Из этих данных очевидно, что депутатам в последние два десятилетия удается принимать достаточно много законов, которые изначально не были инициированы правительством. Однако правительство все еще имеет подавляющее преимущество в сфере законотворчества, что видно из сравнения процента принятых правительственных и частных депутатских законопроектов. В Кнессете первого – девятого созывов были приняты и обрели силу закона более 90,4% законопроектов, выдвинутых от имени правительства (2198 из 2429), в то время как из частных законопроектов, поданных отдельными депутатами, были утверждены лишь 24,4% (295 из 1205). Затем ситуация с частными законопроектами еще более ухудшилась: депутаты стали подавать их все больше и больше (на рассмотрение Кнессета I созыва было подано 230 законопроектов, Кнессета XI созыва – 1062, Кнессета XVII созыва – 4799¹), но лишь единицы из них обретали силу закона. Кнессет X созыва утвердил 77,1% законодательных инициатив правительства и лишь 7,3% законопроектов, поданных отдельными депутатами; Кнессет XI созыва – 75,8% законодательных инициатив правительства и 9,2% частных законопроектов; Кнессет XII созыва – 85,6% правительственных и 9,6%

¹ См.: Дана Бландер, Эран Кляйн. Частное законотворчество. Иерусалим: Израильский институт демократии, 2002. С. 44 [на иврите].

частных законопроектов; Кнессет XIII созыва – 76,5% правительственных и 6,9% частных законопроектов; Кнессет XIV созыва – 72,7% правительственных и 5,2% частных законопроектов² и т.д. Иными словами, доминирование правительства над Кнессетом в сфере законодательства сохраняется и поныне.

На протяжении многих лет одним из наиболее очевидных механизмов контроля правительства над Кнессетом является процесс принятия так называемого Закона о хозяйственном регулировании, посредством которого все правительства проводили важнейшие реформы фактически в обход Кнессета. Этот закон принимается ежегодно, одновременно с Законом о государственном бюджете, являясь своего рода дополнением к нему. При этом на практике в этот закон включались самые различные нормы, порой фактически даже дезавуировавшие законы, уже принятые Кнессетом (их действие откладывалось или же «замораживалось» вовсе).

В Израиле, как и во многих других странах, профессиональная деятельность членов правительства на время занятия должностей приостанавливается, однако если они являются депутатами, то сохраняют свой мандат. В США, Франции, Норвегии и некоторых других странах установлено, что участие в правительстве несовместимо с осуществлением парламентского мандата. Подобное правило способствует усилению независимости правительства от парламента. В странах, где решающую роль в формировании правительства играет руководство партии, контролирующей большинство мест в парламенте, применяется обычно прямо противоположное правило. В Великобритании, например, премьер-министр и большинство ведущих министров должны быть депутатами Палаты общин. Проведенный в рамках настоящего исследования анализ показывает, что ситуация в Израиле практически идентична британской, и численность министров, не бывших при этом депутатами Кнессета, оставалась минимальной на протяжении большей части политической истории страны.

² См.: Шели Леви. Частное законотворчество в социальной сфере. Иерусалим: Исследовательский центр Кнессета, 2010. С. 2 [на иврите].

**Численность министров, не являвшихся депутатами Кнессета,
в различных составах правительства Израиля**

Правительство и численность министров, не являвшихся депутатами, в нем		Правительство и численность министров, не являвшихся депутатами, в нем	
1-е правительство	0	17-е правительство	7–8
2-е правительство	1	18-е правительство	1–2
3-е правительство	2	19-е правительство	0–1
4-е правительство	1	20-е правительство	1
5-е правительство	1	21-е правительство	1
6-е правительство	1	22-е правительство	1
7-е правительство	1	23-е правительство	1
8-е правительство	1–2	24-е правительство	2
9-е правительство	1	25-е правительство	1–2
10-е правительство	2	26-е правительство	3
11-е правительство	2–3	27-е правительство	2–3
12-е правительство	3	28-е правительство	1–2
13-е правительство	4	29-е правительство	3–4
14-е правительство	6	30-е правительство	2
15-е правительство	6–7	31-е правительство	0–2
16-е правительство	7–8	32-е правительство	1

Таким образом, хотя статья 5 (б) Основного закона о правительстве особо оговаривает, что только «глава правительства должен быть депутатом Кнессета; члены правительства могут не быть депутатами Кнессета», на практике в последние тридцать пять лет в Израиле работали пятнадцать правительств, лишь в одном из которых число министров, не бывших параллельно членами парламента, превышало три. В момент формирования трех израильских правительств – первого, девятого и тридцать первого – в них не входил ни один человек, не имевший депутатского мандата. В правительстве, сформированном 31 марта 2009 г. Биньямином Нетаньяху, из 30 министров депутатские мандаты имели все, кроме министра юстиции Якова Неэмана.

Одна из обязанностей Кнессета – осуществление надзора над правительством, что сделать весьма непросто, учитывая, что подавляющее большинство министров и все заместители министров являются депутатами Кнессета. Этот надзор осуществляется различными способами. Кнессет вправе потребовать у правительства информацию в рамках постоянных комиссий Кнессета, подкомиссий, парламентских следственных комиссий и на пленарном заседании – посредством обсуждений, предложений на повестку дня и интерпелляций (запросов).

Парламентские запросы. Депутат Кнессета вправе обратиться к министру с запросом по теме, касающейся работы этого министра. Запрос не должен содержать скандальных аргументов, обвинений, неэтичных формулировок, унижения достоинства Кнессета или принятых моральных норм, не должен касаться абстрактных юридических тем. В устных запросах не должны фигурировать ничьи имена или сведения, оглашение которых не является необходимостью для понимания смысла запроса. В некоторых случаях, когда, по мнению министра, к которому обращен запрос, публичный ответ может навредить интересам государства, он вправе не давать ответ на данный запрос.

В Кнессете различаются три типа парламентских запросов.

Обычный запрос состоит не более чем из 50 слов. Такой запрос передается председателю Кнессета, который уполномочен отменить его, внести в него уставное исправление или передать его министру, к которому он обращен. Ответ на разрешенный запрос будет дан в течение трех – шести недель. Ответ будет дан, как правило, на пленарном заседании министром, получившим запрос, его заместителем или другим министром. После получения ответа спрашивающий вправе устно задать короткий дополнительный вопрос, вытекающий из полученного им ответа. Спрашивающий вправе попросить получить ответ в письменном виде или опубликовать его в «Голосе Кнессета», не зачитывая ответ на пленарном заседании. На каждой зимней сессии Кнессета каждый депутат Кнессета вправе подать до 18 обычных запросов, а на каждой летней сессии – до 12.

Устный запрос состоит не более чем из 40 слов. В отличие от обычного запроса он зачитывается на пленарном заседании. Министр, к которому обращен запрос, его заместитель или другой министр должен дать ответ в течение двух дней (в редких случаях в течение одного дня) при условии, что запрос был подан в соответствии с регламентом. Каждую неделю подаются до семи устных запросов.

Прямой запрос состоит из одного или нескольких кратко сформулированных вопросов, направленных соответствующему министру через секретариат Кнессета. Ответ дается только в письменном виде, как правило, в течение 21 дня со дня получения запроса. Копия ответа передается председателю Кнессета. Количество прямых запросов, которое каждый депутат Кнессета вправе подать, – 60 за год и 30 за сессию.

В этой связи эксперты высказывают сомнения в самой эффективности парламентского запроса как формы контроля над правительством:

во-первых, специалисты обращают внимание на то, что достаточно большой процент запросов остается без ответа, а полученные ответы зачастую очень поверхностны и формальны. При этом депутаты почти никогда не подают дополнительные, «уточняющие» парламентские запросы и не «держат на контроле» те обещания, которые дают министры в ответах на их запросы³.

Дополнительным средством надзора являются отчеты Государственного контролера, которые передаются им Комиссии Кнессета по государственному контролю. После обсуждения каждого отчета свои заключения по нему Комиссия подает на обсуждение и утверждение пленарного заседания Кнессета. Традиционно главой Комиссии Кнессета по государственному контролю в Израиле является представитель парламентской оппозиции.

Кроме несения обязанностей в области надзора, Кнессет определяет полномочия правительства, руководствуясь Основным законом о правительстве. Ранее, до Кнессета XIII созыва, каждое правительство функционировало на основании доверия к нему Кнессета. Вотум недоверия Кнессета мог привести к отставке правительства. В 1996–2003 гг., когда действовала вторая редакция Основного закона о правительстве, Кнессет утверждал назначения министров, но не мог вынести вотум недоверия правительству, а только избранному премьер-министру. После того как 6 марта 2001 г. была принята третья редакция этого Основного закона, вотум недоверия вновь касается всего правительства, а не только его главы. Изменение в Основном законе о правительстве состоит в том, что сегодня для вынесения вотума недоверия правительству необходимо квалифицированное большинство депутатов Кнессета (из 120 депутатов как минимум 61), а не только большинство участников заседания, в ходе которого голосуется вотум недоверия, как было раньше.

Частое использование вотума недоверия как средства для нападок на правительство началось в Кнессете XI созыва, в период которого было зарегистрировано рекордное количество вотумов недоверия – 165. В Кнессете XIV созыва количество таких предложений составило «всего лишь» 84, в Кнессете XV созыва – 129, в Кнессете XVI созыва – 156. Однако все эти сотни голосований лишены какого-либо

³ См.: Хен Фридберг, Реувен Хазан. Контроль Кнессета над правительством: современное состояние и предложения по его реформированию. Иерусалим: Израильский институт демократии, 2009. С. 88–95 [на иврите].

практического смысла. До сегодняшнего дня только одно правительство Израиля ушло в отставку после голосования по вотуму недоверия; это произошло во время каденции Кнессета XII созыва, 15 марта 1990 г.

Известный израильский юрист и политолог, профессор Иерусалимского университета Реувен Хазан в своей изданной в 2001 г. монографии рассмотрел целый ряд предложений, реализация которых позволила бы повысить эффективность парламентского контроля над деятельностью правительства. С точки зрения проф. Р. Хазана, наиболее важную созидательную роль в обеспечении контроля над деятельностью исполнительной власти могут сыграть парламентские комиссии⁴. В опубликованной спустя восемь лет книге, соавтором которой он был, проф. Р. Хазан отмечал, что лишь отдельные из более чем двадцати высказывавшихся специалистами и собранных им предложений были реализованы, подавляющее же большинство так и не было воплощено в жизнь⁵.

Реализованы были следующие предложения:

1. Расширение и улучшение консультирования членов парламентских комиссий, создание при каждой комиссии должности штатного сотрудника, ответственного за сбор информации и профессиональное консультирование (к каждой комиссии был прикреплен сотрудник из парламентского центра по сбору информации и исследованиям).

2. Прикрепление к каждому комитету юридического советника.

3. Обязательство тех или иных государственных структур присылать информацию в парламентский центр по сбору информации и исследованиям (данное предложение имеет отношение к работе комитетов, так как именно они являются основными «потребителями» информации из иных государственных структур; оно было закреплено в законе, принятом Кнессетом в 1994 г.).

4. Обязанность министров предоставлять раз в полгода отчет парламентским комиссиям (предложение было принято, но еще не претворяется в жизнь).

5. Обязанность министра отчитываться перед той или иной парламентской комиссией, если ее члены решили, что министр должен

⁴ См.: Reuven Y. Hazan. *Reforming Parliamentary Committees: Israel in Comparative Perspective*. Columbus: Ohio State University Press, 2001.

⁵ См.: Хен Фридберг, Реувен Хазан. Контроль Кнессета над правительством. С. 134–135 [на иврите].

предоставить отчет (с этой целью в Регламент Кнессета были внесены поправки).

6. Исключение министров и их заместителей из числа членов парламентских комиссий (с этой целью в Регламент Кнессета были внесены поправки).

Вместе с тем целый ряд предложений по реформированию контрольных и надзорных функций комиссий Кнессета до настоящего времени не был реализован, хотя часть из них была предложена в отчете, подготовленном в 2007 г. группой специалистов под руководством тогдашнего спикера Кнессета Далии Ицик. Среди этих рекомендаций:

1. Ограничение законодательной инициативы отдельных депутатов (установление предельного максимального числа законопроектов, вносимых каждым депутатом), с целью облегчения работы парламентских комиссий.

2. Реорганизация парламентских комиссий – так, чтобы сферы их деятельности соответствовали сферам ответственности соответствующих министерств.

3. Ограничение числа парламентских комиссий, в которые может входить депутат (с целью улучшить посещаемость заседаний парламентских комиссий).

4. Увеличение бюджета парламентских комиссий и выведение его из-под контроля правительства.

5. Разделение Комиссии по иностранным делам и обороне на две самостоятельных комиссии.

6. Закрепление за каждым депутатом – членом той или иной комиссии определенного направления деятельности.

7. Предоставление комиссиям права обязывать государственных служащих являться на слушания в комиссии и права требовать любую документацию, которую депутаты – члены комиссий сочтут нужной.

8. Ограничение возможности фракций менять членов комиссий (в настоящее время руководители фракций могут по своему усмотрению отзывать или заменять тех или иных депутатов, мнение которых по обсуждаемым вопросам не соответствует «генеральной линии» партии, от которой они были избраны).

9. Предоставление комиссиям ежегодного бюджета, предназначенного для оплаты проведения необходимых им исследовательских проектов.

10. Предоставление комиссиям права требовать от вызываемого им представителя правительства письменного отчета (эта норма уже введена в Комиссии Кнессета по вопросам конституции, законодательства и права, но только в ней).

11. Определение конкретных полномочий председателей парламентских комиссий.

12. Улучшение качества надзора за исполнением рекомендаций комиссий (в частности, путем создания структуры, в чьи обязанности входило бы представлять отчеты о реакции правительства на предложения комиссий и о том, в какой степени правительством принимаются те или иные рекомендации комиссий).

13. Осуществление систематического контроля со стороны комиссий за исполнением профильных законов, относящихся к сфере их компетенции.

14. Обязанность правительства реагировать на рекомендации комитетов и проводить обсуждения по ним в установленный срок.

15. Информирование председателя Кнессета о выводах и результатах работы комиссий как минимум один раз в два месяца.

Принятие этих рекомендаций может существенно улучшить парламентский контроль за деятельностью правительства, установит конкретные и четкие рамки взаимоотношений между органами исполнительной и законодательной власти.

Библиографический список

Дана Бландер и Эран Кляйн, *Частное законотворчество* (Иерусалим: Израильский институт демократии, 2002). [на иврите].

Шели Леви, «Частное законотворчество в социальной сфере» (Иерусалим: Исследовательский центр Кнессета, 2010). [на иврите].

Хен Фридберг и Реувен Хазан, *Контроль Кнессета над правительством: современное состояние и предложения по его реформированию* (Иерусалим: Израильский институт демократии, 2009). [на иврите].

Reuven Y. Hazan, *Reforming Parliamentary Committees: Israel in Comparative Perspective* (Columbus: Ohio State University Press, 2001).

Characteristics of Relationship between Executive and Legislative Branches of Power in Israel (Summary)

*Alina I. Malamud**

The article is dedicated to characteristics of relationship between executive and legislative branches of power in Israel where the Government of the Country has a big influence on Parliament functioning during all the history of the State. The topicality is stipulated by examination in the article of new suggestions, implementation of which could improve the effectiveness of parliamentary control over the activities of the Government.

Keywords: Executive power; legislative power; Government; Parliament; control over; Israel.

* Alina I. Malamud – post-graduate student of the Chair of Constitutional Law, MGIMO-University MFA Russia.

Институциональные средства исполнения международно-правовых норм о защите морской среды

*Филиппенкова М.О.**

Настоящая статья посвящена исследованию мер, предпринимаемых под эгидой ИМО и ЮНЕП, направленных на экологическую защиту Мирового океана и отдельных его регионов от загрязнения. Основной акцент в работе сделан на активную роль отмеченных международных организаций в инициировании и укреплении регионального сотрудничества прибрежных стран по данному вопросу. На основании положений Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. автор рассматривает такие ключевые понятия как «морская среда», «загрязнение морской среды», «защита и сохранение морской среды».

Ключевые слова: морская среда; загрязнение; региональное сотрудничество.

Мировой океан играет важнейшую роль в поддержании жизни на планете не только потому, что вырабатывает значительную часть кислорода и регулирует климат Земли, но и является источником колоссальных благ, используемых человеком. Ухудшение качества морских экосистем вследствие загрязнения грозит нарушением экологического баланса в глобальном масштабе. Первым международным договором, направленным на экологическую защиту морской среды стала Международная конвенция по предотвращению загрязнения моря нефтью (Конвенция ОЙЛПОЛ), принятая по итогам лондонской конференции в 1954 году. Конвенция предусматривала запрет на слив нефти и нефтеводяной смеси в специально установленных зонах. Нарушение норм договора являлось наказуемым по законам государства, в котором зарегистрировано судно.

Дальнейшее рассмотрение на международном уровне тема защиты морской среды получила на Первой Конференции ООН по морскому праву, на которой были приняты Женевские конвенции 1958 г., ставшие серьезным результатом кодификации и прогрессивного развития международного морского права. Так, Конвенция об открытом море

* Филиппенкова Марина Олеговна – соискатель кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. m.philippenkova@gmail.com.

уделяет внимание предупреждению загрязнения морской среды нефтью не только с судов, но и в результате разработки или разведки поверхности морского дна или его недр. Кроме того, новаторскими для того времени явились нормы, направленные на предотвращение загрязнения от радиоактивных отходов и деятельности, которая включает применение радиоактивных материалов или других вредоносных веществ. Однако, существовавший на тот момент фрагментарный подход к решению проблемы, оставлял неурегулированными многие вопросы, касающиеся иных видов и источников загрязнения Мирового океана, международного сотрудничества в этой области, ответственности и др.; отсутствие нормативно закреплённого определения «загрязнение морской среды» осложняло толкование и применение международных норм.

Основными недостатками Конвенции ОЙЛПОЛ были ее направленность только против одного вида загрязнения – нефтью, а также исключительная юрисдикция государства флага при исполнении норм Конвенции. Последнее не позволяло другим государствам-участникам контролировать исполнение норм договора. Эти недостатки попытались устранить, принятием Международной конвенции по предотвращению загрязнения моря с судов 1973 г. (Конвенция МАРПОЛ). Целью Конвенции, как указано в преамбуле, является достижение полного прекращения умышленного загрязнения морской среды нефтью и другими вредными веществами и доведение до минимума случайных сбросов таких веществ, установив правила, которые не ограничиваются предотвращением загрязнения только нефтью, а имеют всеобъемлющий характер. Ответственность за соблюдение норм Конвенции возложена на государство флага судна. Однако прибрежное государство-участник получило право инспектировать иностранные суда (в том числе суда государств, не являющихся участниками Конвенции) в своем порту или удаленном от берега терминале и, в случае обнаружения нарушений норм Конвенции, рассматривать их в соответствии со своим законодательством.

Значительное влияние на развитие природоохранного права в целом и вопроса защиты морской среды в частности оказала стокгольмская Конференция ООН по проблемам окружающей человека среды 1972 г. В преддверии Третьей Конференции ООН по морскому праву участники стокгольмской Конференции рекомендовали государствам урегулировать вопросы, связанные с загрязнением морской среды

из всех опасных источников¹. На Конференции 1972 г. было принято определение «загрязнение морской среды», разработанное в 1967 г. Группой экспертов по научным аспектам загрязнения морской среды (ГЕСАМП). Это определение с некоторыми изменениями впоследствии было включено в Конвенцию ООН по морскому праву 1982 г.²

Морская среда представляет собой единую и неделимую систему, компонентами которой являются водная поверхность, морское дно и его недра, воздушное пространство над морем, живые и неживые морские ресурсы, а также побережье и эстуарии. Понятие морской среды, в этом смысле, относится ко всем частям Мирового океана, как находящимся под юрисдикцией какого либо государства, так и вне ее³.

В российской международно-правовой литературе традиционно уделяется внимание вопросам защиты и сохранения морской среды⁴. В работе коллектива авторов «Мировой океан и международное право: Защита и сохранение морской среды» при рассмотрении определения, приведенного в Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., авторы обращают внимание, что «под загрязнением понимается как действие, причинившее пагубные последствия, так и такое действие или такая ситуация, возникшая в результате человеческой деятельности, которая «может привести к таким пагубным последствиям». Это дополнение предполагает принятие мер, направленных не только на ликвидацию последствий загрязнения морской среды, но и на предупреждение такого загрязнения⁵. Оно включает в себя принятие правовых и административных мер, а также применение научных подходов, которые направлены на снижение уровня деградации морских

¹ United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : a commentary. Edited by Myron H. Nordquist. Martinus Nijhoff Publishers, 2002. Vol. VII, p. 9.

² Согласно ст. 1 Конвенции под загрязнением морской среды понимается «привнесение человеком, прямо или косвенно, веществ или энергии в морскую среду, включая эстуарии, которое приводит или может привести к таким пагубным последствиям, как вред живым ресурсам и жизни в море, опасность для здоровья человека, создание помех для деятельности на море, в том числе для рыболовств и других правомерных видов использования моря, снижение качества используемой морской воды и ухудшение условий отдыха».

³ United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : a commentary. Edited by Myron H. Nordquist. Martinus Nijhoff Publishers, 2002. Vol. VII, p. 42-43.

⁴ Международное право: учебник / под ред. А.Н. Вылегжанина; [авт. предисл. С.В. Лавров]. - М.: ИД Юрайт, 2010, с. 573-604.

⁵ Мировой океан и международное право: Защита и сохранение морской среды. Отв. ред. Мовчан А.П., Янков А. - М.: Наука, 1990, с. 22.

экосистем и предотвращение вредного воздействия на морскую среду. Меры по сохранению морской среды способны также привести в той или иной степени к улучшению ее экологического состояния.

Положения о защите и сохранении морской среды составляют значительную часть современного морского права. Часть XII Конвенции представляет собой согласованную международно-правовую основу деятельности по защите и сохранению морской среды. Разработка такой универсальной основы являлось главной целью международного сотрудничества в борьбе со значительным ухудшением состояния морских экосистем. Статья 192 Конвенции впервые закрепляет обязательство государств защищать и сохранять морскую среду. Это положение стало обобщением отдельно принятых международно-правовых норм, направленных на защиту морской среды от загрязнения из различных источников и различными видами поллютантов. Указанное обязательство является общим и обращено ко всем государствам в целом, а не только к государствам-участникам Конвенции. Таким образом, статья 192 Конвенции представляет собой принцип международного права, которым должны руководствоваться все без исключения государства при законном использовании пространств Мирового океана. В рамках рассматриваемого вопроса, термин «защита» означает средства, применяемые при неминуемой или возникшей опасности, а термин «сохранение» означает охрану природных ресурсов и поддержание надлежащего качества морской среды⁶.

Закреплением другого принципа международного права – принципа сотрудничества – является статья 197 Конвенции, которая предусматривает сотрудничество государств на всемирной и региональной основе «в формулировании и разработке международных норм, стандартов и рекомендуемых практики и процедур ... для защиты и сохранения морской среды с учетом характерных региональных особенностей». Трансграничный характер распространения загрязнителей в морских пространствах, многообразие источников и видов загрязнения выявляют объективную необходимость тесного взаимодействия государств как на универсальном, так и на региональном уровне в решении данной проблемы. Регулирование вопросов защиты морской среды требует междисциплинарного подхода.

⁶ United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 : a commentary. Edited by Myron H. Nordquist. Martinus Nijhoff Publishers, 2002. Vol. VII, p. 11.

Как отмечает Л.В. Сперанская, международно-правовая охрана Мирового океана от загрязнения (в глобальном масштабе) может быть эффективной лишь в том случае, если она дополняется соответствующими мерами, принятыми на региональном уровне⁷. В силу обособленности экологических проблем отдельных морских регионов, их специфики, прибрежные государства стремятся объединить свои усилия в борьбе с загрязнением и применить нормы защиты морской среды, закрепленные в универсальных конвенциях, с учетом особенностей конкретного морского региона. Такой региональный подход позволяет государствам рассмотреть вопрос защиты морской среды более предметно и, задействовав общие ресурсы, принять специальные меры, направленные на охрану морского региона от загрязнения. Кроме того, региональные соглашения открывают наиболее широкие возможности для сотрудничества государств в области мониторинга, научных исследований, оказания взаимной помощи в чрезвычайных ситуациях и в решении ряда других вопросов⁸. Большое значение имеет, в частности, сотрудничество прибрежных стран замкнутых или полузамкнутых морей. Изолированность их акваторий от океанов является причиной повышенной уязвимости морской среды и слабого водообмена. Исходя из этого ст. 123 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. предусматривает тесное сотрудничество государств, омываемых замкнутыми или полузамкнутыми морями, в управлении морскими живыми ресурсами, защите и сохранении морской среды, проведении научных исследований. К таким региональным механизмам защиты морской среды относятся, в частности, Конвенция по защите морской среды района Балтийского моря 1992 г. (Конвенция ХЕЛКОМ), Конвенция о защите Черного моря от загрязнения 1992 г., Конвенция по защите морской среды северо-восточной Атлантики (Конвенция ОСПАР) 1992 г. и др.

Помимо договорных основ регионального сотрудничества государств наличествуют и иные применимые международно-правовые источники, прежде всего те, которые приняты компетентными международными организациями.

На стокгольмской конференции 1972 г. был принят План мероприятий в отношении окружающей человека среды, который содержит

⁷ Сперанская Л.В. Международно-правовая охрана морской среды. – М.: Наука, 1978, с. 6.

⁸ Киселев В.А. Международные соглашения по предотвращению загрязнения морской среды с судов. – М.: Транспорт, 1986, с. 89.

ряд рекомендаций договаривающимся сторонам. В частности, правительства стран призваны сотрудничать на региональной основе в принятии мер по предотвращению загрязнения в районах, которые по географическим и экологическим причинам составляют единое целое. На первом заседании Руководящего совета ЮНЕП в 1973 г. было принято решение способствовать разработке международных и региональных соглашений, регулирующих все формы загрязнения морской среды, в особенности, соглашений, касающихся отдельных водных пространств⁹.

Так, этапом в развитии международного и регионального сотрудничества в области защиты морской среды стало принятие в 1974 г. «Программы региональных морей» (ПРМ) в рамках ЮНЕП. Целью программы является предотвращение загрязнения Мирового океана путем объединения усилий прибрежных стран отдельных регионов в борьбе с загрязнением морской среды и разрушением прибрежных экосистем. Программа ориентирована на защиту различных морских регионов, включая замкнутые и полужамкнутые моря, прибрежные зоны, а также рациональное использование морских ресурсов этих регионов. В частности, ПРМ способствует разработке и имплементации отдельных региональных конвенций и планов действий среди государств-участников. Кроме того, ведется деятельность по оценке состояния морской среды, источников загрязнения и влияния такого загрязнения на здоровье человека, морские экосистемы, правомерные виды использования моря.

Правительства стран, входящих в определенный морской регион, изначально вовлечены в разработку плана действий. Его реализация ложится на национальные институты, назначенные правительствами прибрежных стран. Специализированные органы ООН, а также соответствующие международные и региональные организации вносят свой вклад в подготовку каждого плана, кроме того могут оказывать содействие национальным институтам в фактической реализации плана. Во многих регионах принятие плана действий предшествует принятию соответствующей конвенции. Однако, к примеру, для региона Черного моря план действий не разрабатывался, и заинтересованные стороны сразу приступили к разработке конвенции и протоколов к ней.

⁹ Kaniaru D. Development and implementation of environmental law – contribution by UNEP// Environmental policy and law, No. 30/5, 2000, p. 240.

Сегодня под эгидой ЮНЕП создано 13 региональных программ, в которые вовлечены более 140 стран, также в рамках ПРМ с ЮНЕП тесно взаимодействуют 5 независимых региональных программ. Интерес здесь представляет, принятый в 1994 году План действий по защите, управлению и развитию морской и прибрежной окружающей среды Северо-западной части Тихого океана (НОУПАП), участниками которого являются Китай, Россия, Южная Корея и Япония. План предусматривает региональный подход к управлению морскими и прибрежными ресурсами, а также к контролю за загрязнением морской среды. Он ориентирован не только на ликвидацию последствий загрязнения, но и на изучение причин деградации морской среды. В связи с этим, договаривающиеся стороны тесно сотрудничают между собой в области проведения научных исследований, мониторинга морской среды и прогнозирования, обмена информацией. Кроме того, государства-члены разрабатывают региональные меры реагирования на случаи загрязнения морской среды, оказывают друг другу содействие в ликвидации последствий загрязнения. План действий закрепляет общие цели и задачи государств в области защиты морской среды и сохранения прибрежных экосистем. Активное взаимодействие стран в рамках НОУПАП подтверждается проведением ежегодных межправительственных встреч, которые нацелены на практическую реализацию плана. Подобные встречи в рамках НОУПАП не только способствуют достижению поставленных целей, но и могут создавать новые направления взаимодействия в зависимости от выбранных приоритетов. Так, в Плане указывается, что приоритетные направления деятельности могут изменяться в пределах региона «вследствие объединения одних задач и понижения значимости других».

Каждое государство-участник плана разместило на своей территории по одному специализированному региональному центру, который, в свою очередь, действует в интересах всего морского региона. Это позволяет распределить объем задач (научного, технического, информационного характера и др.), вытекающих из целей плана действий, между его участниками, и тем самым мобилизовать общие ресурсы в борьбе с загрязнением морской среды. Региональный центр по обеспечению готовности и борьбе с загрязнением морской окружающей среды в случае чрезвычайных ситуаций значительно повышает степень готовности государств региона к немедленному и согласованному реагированию на чрезвычайную ситуацию. На основании

данных Регионального центра по мониторингу загрязнения делают выводы об изменениях качества морской среды, а также об эффективности принимаемых мер. Также в рамках Плана действуют Региональный центр по созданию баз данных и информационной системе и Региональный центр по загрязнению и специальному мониторингу и оценке состояния береговой окружающей среды.

Наряду с ЮНЕП другим институтом, способствующим исполнению международно-правовых норм о защите морской среды, является Международная морская организация (ИМО). В частности, организация способствует принятию государствами международно-правовых норм по одной из наиболее актуальных проблем морского экологического права на сегодня, которой является проблема управления балластными водами и морскими инвазивными видами.

После разгрузки в порту назначения судно набирает некоторый объем морской воды в качестве балласта для обеспечения равновесия в море, поддержания мореходных качеств. Перед очередной загрузкой балластные воды спускаются в море. Таким образом, происходит нежелательное переселение морских организмов, содержащихся в балластных водах, из одной точки Мирового океана в другую. Проникновение чужеродных видов в морскую среду влечет за собой нарушение экологического равновесия и представляет угрозу для биологического разнообразия в новой среде. Ежегодно в мире перемещается, по различным оценкам, порядка 10 миллиардов тонн водяного балласта.

В 1991 г. Комитет по защите морской среды (МЕРС), действующий в рамках ИМО, принял Руководство по предотвращению внесения нежелательных водных и патогенных организмов в результате сброса с судов водяного балласта и осадков. Руководство было адресовано администрациям и властям государства порта и содержало информацию о процедурах по сведению к минимуму нежелательных последствий проникновения чужеродных организмов, перевозимых с водяным балластом.

Конференция ООН по окружающей среде и развитию 1992 г. признала эту проблему как одну из основных угроз Мировому океану и призвала государства рассмотреть вопрос о принятии надлежащих правил сброса балластных вод в целях предотвращения распространения инвазивных видов.

Вслед за Конференцией ИМО инициировала переговоры по разработке международно-правового инструмента, направленного

на решение этой проблемы. В 2004 году была принята Международная конвенция о контроле судовых балластных вод и осадков и управлении ими, которая нацелена на предотвращение потенциально вредных последствий проникновения в морскую среду чужеродных организмов, перевозимых в судовых балластных водах. Для целей Конвенции под управлением балластными водами понимаются «механические, физические, химические и биологические процессы, по отдельности или в сочетании, для удаления, обезвреживания вредных водных и патогенных организмов в балластных водах и осадках или для избежания их приема или сброса». Стороны Конвенции обязуются обеспечить, чтобы в портах и терминалах, где производится очистка и прием балластных вод, имелось достаточное количество сооружений для приема осадков. Такие приемные сооружения размещаются в целях безопасного удаления осадков, которое «не причиняет ущерба окружающей среде, здоровью человека, имуществу или ресурсам — своим или других государств». Суда, плавающие под флагом договаривающейся стороны, обязаны иметь на борту Международное свидетельство об управлении балластными водами, а также вести Журнал операций с балластными водами, наличие которых может быть проверено в любом порту или удаленном от берега терминале другой стороны. Санкции за нарушение положений Конвенции устанавливаются национальным законодательством стороны и должны быть достаточно суровыми для предупреждения нарушений, независимо от места их совершения. Однако если положения Конвенции нарушены в пределах юрисдикции любой стороны, она вправе дать распоряжение о возбуждении преследования судна и применить санкции, предусмотренные своим законодательством для такого нарушения, либо направить государству флага соответствующую информацию и доказательства нарушения. Если государство флага сочтет представленные доказательства достаточными для возбуждения преследования в соответствии со своим законодательством, оно дает распоряжение о возбуждении такого преследования.

Особое внимание в Конвенции уделяется сотрудничеству государств по данной проблеме. Статья 13 устанавливает обязательство стороны Конвенции оказывать поддержку другой стороне по техническим вопросам, связанным с управлением балластными водами (подготовке персонала, обеспечение доступа к соответствующей технологии, выполнении совместных программ исследований и разработок, принятии других мер, направленных на эффективное осуществление Конвенции).

Кроме того, отмечается значение регионального сотрудничества государств в применении положений Конвенции. Часть 3 статьи 13 гласит: «Стороны, имеющие общие интересы в защите окружающей среды, здоровья человека, имущества и ресурсов в данном географическом районе, в частности Стороны, расположенные на побережье замкнутых и полузамкнутых морей, стремятся, принимая во внимание характерные региональные особенности, расширять региональное сотрудничество, в том числе путем заключения региональных соглашений, соответствующих настоящей Конвенции. Стороны стремятся сотрудничать со сторонами региональных соглашений в разработке согласованных процедур». Региональное сотрудничество в управлении балластными водами значительно повышает эффективность применения Конвенции по сравнению с мерами, принимаемыми государствами по отдельности. Региональные стандарты, основанные на глобальных, разрабатываются с учетом особенностей конкретных экосистем, интенсивности судоходства, степени загрязнения морской среды и могут предусматривать более строгие правила управления балластными водами, чем это предусмотрено Конвенцией.

В настоящее время Конвенция не вступила в силу. Учитывая нарастающий характер проблемы управления балластными водами, ИМО активно взаимодействует на различных уровнях (национальном, региональном, глобальном) по поводу принятия Конвенции.

Одним из примеров разрушительного влияния морских инвазивных видов может служить ситуация, сложившаяся в Черном море. В начале 1980-х годов там был найден организм, не свойственный данной экосистеме¹⁰. По оценкам специалистов, он был занесен в Черное море вместе с водяным балластом из Северной Америки¹¹. Инцидент вызвал особую озабоченность, когда этот инвазивный вид был найден и в Каспийском море.

¹⁰ В результате его проникновения в морскую среду и размножения, море по своему составу стало напоминать желе, что привело к гибели многих морских обитателей. Это явилось основной причиной упадка рыболовства в Черном и Азовском морях в конце 1980-х – начале 1990-х годов.

¹¹ Баштанный, Р., Вебстер, Л., Лиманчук, С., Рааймейкерс, С. и Работнёв, В. 2002. 1-ая Конференция стран Черного моря по контролю и управлению водяным балластом, Одесса, Украина, 10-12 октября 2001 г.: Отчет о конференции. Серия монографий Одесского демонстрационного центра программы ГлоБалласт, вып. No. 1. Одесский демонстрационный центр программы ГлоБалласт, Одесса. Приложение 4, с. 4.

В 1999 году при поддержке ИМО и ПРООН был проведен международный научный семинар для прибрежных стран Черного и Каспийского морей по вопросам управления судовым водяным балластом и контролю его качества¹².

В 2001 году по инициативе ИМО в Одессе была проведена 1-ая Конференция стран Черного моря (участников Конвенции о защите Черного моря от загрязнения 1992 г.) по контролю и управлению водяным балластом. Конференция проходила в рамках Программы ГлоБалласт. Целью Программы является помощь развивающимся странам в решении проблемы водяного балласта¹³. На Конференции подчеркивалась важность сотрудничества причерноморских стран в решении морской экологической проблемы региона. Масштабы и серьезность процессов экологической деградации Черного моря выходят за границы вод, находящихся под национальной юрисдикцией, и становятся общей для стран региона проблемой¹⁴. Черное море наиболее изолировано от океанов по сравнению с другими внутренними морями мира. Оно связано только со Средиземным морем через узкие каналы пролива Босфор, Мраморного моря и Дарданелл. Закрытый характер этого моря делает региональное сотрудничество необходимым элементом любых усилий по предотвращению и контролю внесения чужеродных морских видов¹⁵. Результатом Конференции стало принятие Регионального плана действий для сведения к минимуму переноса вредных водных и патогенных организмов в водяном балласте судов.

Очередным этапом взаимодействия ИМО с черноморским регионом стало подписание в 2009 году Соглашения о сотрудничестве между ИМО и Комиссией по защите Черного моря от загрязнения, созданной в рамках Бухарестской конвенции 1992 г. Стороны Соглашения выражают намерение «консультировать друг друга по вопросам, представляющим взаимный интерес» (consult each other on matters of common

¹² Doc. MEPC 44/INF.2, 1999, Nov., 9.

¹³ После принятия Конвенции о балластных водах 2004 г., к целям ГлоБалласт добавилась также подготовка развивающихся стран, участвующих в программе, к принятию Конвенции.

¹⁴ Баштанний, Р., Вебстер, Л., Лиманчук, С., Рааймейкерс, С. и Работнёв, В. 2002. 1-ая Конференция стран Черного моря по контролю и управлению водяным балластом, Одесса, Украина, 10-12 октября 2001 г.: Отчет о конференции. Серия монографий Одесского демонстрационного центра программы ГлоБалласт, вып. No. 1. Одесский демонстрационный центр программы ГлоБалласт, Одесса, с. 5.

¹⁵ Там же. Приложение 6. Региональный план действий, с. 3.

interest), и «обмениваться информацией ... о запланированных мероприятиях и программах работы в областях, представляющих взаимный интерес» (exchange information ... of projected activities and programmes of work in fields of common interest). Стороны также получают право делегировать своих представителей на взаимные конференции в качестве наблюдателей.

В продолжение сотрудничества ИМО и Комиссии по защите Черного моря от загрязнения 8 июля 2010 года был подписан Меморандум о взаимопонимании относительно проведения мероприятий ИМО по техническому сотрудничеству, совершенствованию регионального учебного курса ГлоБалласт и семинара по разработке региональной стратегии имплементации Конвенции о балластных водах. Это первое соглашение подобного рода, касающееся технического сотрудничества с ИМО по вопросам защиты морской среды в странах СНГ и Восточной Европы¹⁶.

Вслед за конференцией в Одессе в 2001 году по инициативе ИМО в Таллинне состоялся Балтийский региональный семинар по управлению балластными водами. В резолюции семинара отражены рекомендации касательно сотрудничества ХЕЛКОМ с соседними морскими регионами, которые могут выступать источниками чужеродных организмов (Черное море, Каспийское море, Северное море)¹⁷. В 2007 году ХЕЛКОМ принял План действий по Балтийскому морю, который нацелен на восстановление надлежащего экологического состояния морской среды к 2021 году. План включает Дорожную карту по согласованной имплементации и ратификации Международной конвенции о контроле судовых балластных вод и осадков и управлении ими, который предусматривает конкретное обязательство государств-участников – ратифицировать Конвенцию в возможно короткие сроки, но не позднее 2013 года¹⁸. Кроме того, подчеркивается важность сотрудничества с регионом северо-восточной Атлантики (государствами – участниками Конвенции ОСПАР) касательно разработки общих механизмов и стандартов управления балластными водами, а также в отношении

¹⁶ Doc. MEPC 61/INF.15, 2010, July, 28, p. 1-2.

¹⁷ Raaymakers, S. (Ed.) 2002. Baltic Regional Workshop on Ballast Water Management, Tallinn, Estonia, 22-24 Oct 2001: Workshop Report. GloBallast Monograph Series No. 2. IMO London. p. iii.

¹⁸ HELCOM Baltic Sea Action Plan 2007, p. 97.

других вопросов, способствующих согласованному применению Конвенции о балластных водах.

Значение регионального сотрудничества в эффективном применении универсальных норм о защите морской среды подтверждают регулярные форумы, проводимые совместно под эгидой ИМО и ЮНЕП.

Прошедший в 2002 году первый совместный Форум ИМО/ЮНЕП по региональным механизмам реагирования на чрезвычайные ситуации загрязнения морской среды явился важным шагом в сближении Программы региональных морей, региональных и международных организаций, агентств ООН, иных заинтересованных лиц и положил начало обсуждению критериев и методов эффективного регионального сотрудничества. Современные суда способны перевозить десятки тысяч тонн груза. Попадание такого количества нефти или иных вредных веществ, перевозимых судном, в морскую среду, наносит существенный ущерб не только прибрежному государству, но и всему региону. Именно поэтому прочное взаимодействие между прибрежными странами по вопросу реагирования на случаи масштабного загрязнения, является обязательным элементом национальной морской стратегии прибрежного государства. В качестве универсальной международно-правовой основы сотрудничества государств в борьбе с масштабными инцидентами или угрозами загрязнения морской среды нефтью рассматривалась Международная конвенция по обеспечению готовности на случай загрязнения нефтью, борьбе с ним и сотрудничеству, принятая в 1990 году в Лондоне¹⁹. Стороны конвенции обязуются разработать на национальном уровне или в сотрудничестве с другими государствами меры реагирования на случаи загрязнения, а также оказывать друг другу содействие в ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций. Согласно конвенции ИМО отведена важная координирующая роль, в связи с этим организация активно сотрудничает с национальными правительствами и региональными организациями при разработке мер, указанных в конвенции. В частности, ИМО оказывала содействие государствам-участникам НОУПАП, Региональному центру по обеспечению готовности и борьбе с загрязнением морской окружающей среды в случае чрезвычайных ситуаций, в разработке Регионального плана ликвидации аварийных разливов нефти и соответствующего

¹⁹ Постановлением Правительства РФ от 23 июля 2009 года N607 Российская Федерация присоединилась к указанной конвенции.

регионального Меморандума о взаимопонимании, а также в иной деятельности, относящейся к компетенции центра²⁰.

Несмотря на то, что различные регионы имеют значительные политические, экологические и социально-экономические отличия, существует острая потребность в обмене опытом и информацией между регионами в целях адекватного реагирования на случаи загрязнения морской среды, а также принятия надлежащих превентивных мер.

Вслед за ним в 2006 году прошел второй Форум ИМО/ЮНЕП по региональному сотрудничеству в борьбе с загрязнением морской среды, который был призван критически оценить текущее состояние регионального сотрудничества, обозначить возникшие проблемы, а также определить решающие факторы и современные подходы, обеспечивающие успешное региональное сотрудничество в долгосрочном периоде²¹. Основное внимание Форума было сосредоточено на проблеме масштабных разливов нефти, но также обсуждались вопросы, касающиеся морского мусора, захоронения отходов в море, управления балластными водами и морскими инвазивными видами. Наряду с традиционными сторонами регионального взаимодействия – национальными правительствами, региональными структурами, международными и межправительственными организациями – предлагается вовлечение иных заинтересованных сторон, таких как научное сообщество, неправительственные организации, правительства местного уровня, частный сектор, в особенности нефтяная промышленность и судоходство. Участники Форума также отметили важность превентивных мер и регионального сотрудничества в области реагирования на случаи аварийного разлива нефти.

Третий совместный Форум ИМО/ЮНЕП, прошедший в 2010 году, был посвящен региональному сотрудничеству по Конвенции о балластных водах. Участники Форума определили, что дальнейшие действия должны основываться на сложившемся сотрудничестве Программы региональных морей, ГлоБалласт, ИМО и ЮНЕП и способствовать тому, чтобы регионы, не входящие в ГлоБалласт были также готовы к принятию Конвенции. В этих целях необходимо обеспечение обмена

²⁰ <http://www.unep.org/regionalseas/partners/unpartners/imo/default.asp>.

²¹ Report of the 2006 IMO/UNEP Forum on Regional Co-operation in Combating Marine Pollution, p. 3. http://www.imo.org/SharePoint/blastDataHelper.asp/data_id%3D16039/UNEPIMORReport-Final-JUL06.pdf.

информацией о передовом опыте, а также выстраивание межрегионального диалога о мерах, связанных с обращением балластных вод²².

Проблема защиты морской среды в целом приобретает с каждым годом все большую значимость. Интенсификация судоходства в глобальном масштабе существенно повышает риски, связанные с загрязнением морской среды и нарушением морского экологического порядка. Универсальные принципы, заложенные в международных конвенциях, выступают в качестве единой основы при регулировании человеческой деятельности в Мировом океане, в то время как региональные нормы учитывают специфику конкретной экосистемы, а также социально-экономические факторы. Международные институты, такие как ИМО и ЮНЕП зачастую не только являются инициаторами принятия международно-правовых норм, направленных на экологическую защиту Мирового океана, но и активно содействуют дальнейшей имплементации этих норм в национальное законодательство государств.

Библиографический список

Международное право: учебник / под ред. А.Н. Вылегжанина; [авт. предисл. С.В. Лавров]. – М.: ИД Юрайт, 2010 – 1003 с.

Мировой океан и международное право: Защита и сохранение морской среды. Отв. ред. Мовчан А.П., Янков А. – М.: Наука, 1990 – 248 с.

Киселев В.А. Международные соглашения по предотвращению загрязнения морской среды с судов. – М.: Транспорт, 1986 – 119 с.

Сперанская Л.В. Международно-правовая охрана морской среды. – М.: Наука, 1978 – 176 с.

Баштанний, Р., Вебстер, Л., Лиманчук, С., Рааймейкерс, С. и Работнёв, В. 2002. 1-ая Конференция стран Черного моря по контролю и управлению водяным балластом, Одесса, Украина, 10-12 октября 2001 г.: Отчет о конференции. Серия монографий Одесского демонстрационного центра программы ГлоБалласт, вып. No. 1. Одесский демонстрационный центр программы ГлоБалласт, Одесса – 113 с.

United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary. Edited by Myron H. Nordquist. Martinus Nijhoff Publishers, 2002. Vol. VII.

Kaniaru D. Development and implementation of environmental law – contribution by UNEP// Environmental policy and law, No. 30/5, 2000, p. 240–244.

²² Doc. MEPC 62/16/2, 2011, April, 7, p. 4.

Institutional Measures of Implementation of International Legal Norms of Marine Environment Protection (Summary)

*Marina O. Filippenkova**

The present paper is dedicated to research into measures taken under auspices of IMO and UNEP which are aimed at environmental protection of the World Ocean and its particular regions. The special emphasis is made on the active role of the mentioned international organizations in initiation and strengthening of regional cooperation of coastal states on this matter.

Keywords: marine environment; pollution of the marine environment; protection and preservation of the marine environment.

* Marina O. Filippenkova – post-graduate student of the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia. m.philippenkova@gmail.com.

Информационный центр Гаагской конференции по международному частному праву в Москве (МГИМО, 16 марта 2012 г.)

Одним из основных направлений развития международного частного права в Российской Федерации является тесное сотрудничество с Гаагской конференцией по международному частному праву (Гаагская конференция) – международной межправительственной организацией, созданной с целью осуществления прогрессивной унификации в указанной сфере. Как отметил Президент РФ Д.А. Медведев: «Мы также будем заниматься совершенствованием международного права и принимать участие в Гаагской конференции по международному частному праву. Мне кажется, это очень важная составляющая нашей деятельности по созданию современных правовых режимов. Думаю, что в этом плане человечеству также придется очень многое переосмыслить»¹.

В рамках взаимодействия с Гаагской конференцией 16 марта 2012 г. по приглашению Информационного центра Гаагской конференции по международному частному праву в Москве МГИМО посетили профессор Луиз Эллен Тайтц (Louise Ellen Teitz) – Первый Секретарь Гаагской конференции – и доктор Керстин Нитхаммер-Юргенс (Kerstin Niethammer-Juergens) – руководитель команды экспертов Проекта «Применение Гаагских Конвенций по защите прав детей в Российской Федерации». Они выступили с лекцией, посвященной вопросам деятельности Гаагской конференции и ее взаимодействия с РФ, а также приняли участие в круглом столе, модератором которых выступил Директор Информационного центра, профессор С.Н. Лебедев.

¹ <http://www.kremlin.ru/transcripts/11286>

В начале лекции была кратко изложена история Гаагской конференции, членами которой на сегодняшний момент являются 71 государство и Европейский союз.

Профессор Л.Э. Тайтц осветила основные формы функционирования Гаагской конференции, направленные на достижение актуальных целей и задач. Профессор Л.Э. Тайтц подчеркнула важность ведения переговоров в ходе установления и поддержания межнационального диалога и сотрудничества, а также заключения многосторонних договоров и конвенций по таким вопросам, как международное судебное и административное сотрудничество, разрешение коллизий в области договорных обязательств, правовой статус и защита детей, отношения между супругами, правовое регулирование завещаний, трастов, отношений собственности, признание и приведение в исполнение решений иностранных судов и т.д.

Для принятия Гаагской конференцией очередной конвенции необходимо соблюдение определенной процедуры. На первом этапе Секретариатом Гаагской конференции проводится подготовительное исследование проблемы, урегулированию которой предполагается посвятить разрабатываемую конвенцию, затем Специальной комиссией, формируемой из числа государственных экспертов, готовится предварительный проект конвенции². Такой проект впоследствии обсуждается и принимается на Пленарной сессии Гаагской конференции.

Секретариат поддерживает тесные контакты с государствами – членами организации, в том числе через назначаемые в каждом из них национальные органы. С целью осуществления мониторинга имплементации конвенций и договоров, касающихся судебного и административного сотрудничества, Секретариат также, по мере необходимости, непосредственно обращается в центральные государственные органы государств – членов соответствующих договоров или конвенций.

В целях развития международного сотрудничества и координации деятельности Гаагская конференция поддерживает связь с другими международными межправительственными организациями (включая ООН, особенно ЮНСИТРАЛ, ЮНИСЕФ, Комитет по правам ребенка, Верховного комиссара ООН по делам беженцев, ОАГ, УНИДРУА), а также международными неправительственными организациями

² Секретариат Гаагской конференции – постоянный орган Гаагской конференции, расположенный в Гааге, главной задачей которого является подготовка и проведение Пленарных сессий Гаагской конференции и формирование Специальных комиссий.

(например, МТП и Международная ассоциация юристов), которые имеют право направлять своих наблюдателей в Гаагу.

Основной формой деятельности Гаагской конференции являются Пленарные сессии, проводимые, как правило, раз в четыре года (в исключительных случаях могут созываться Чрезвычайные сессии). На Пленарных сессиях рассматриваются и принимаются проекты конвенций (иногда рекомендации), а также формируется список вопросов, выносимых на повестку дня Гаагской конференции.

Основным органом в системе Гаагской конференции является Государственный комитет Нидерландов по международному частному праву, который формально устанавливает даты проведения Пленарных сессий и их повестку дня. Однако на практике сами государства-члены оказывают все большее влияние на процесс принятия решений в рамках Гаагской конференции, в том числе на организационно-технические вопросы ее деятельности.

Как отметила профессор Л.Э. Тайтц, приоритетными направлениями деятельности Гаагской конференции на сегодняшний день являются международная защита детей и семьи, защита права собственности, международное сотрудничество в правовой и судебной сферах, вопросы международного коммерческого и финансового права.

В области семейного права были приняты, прежде всего, Конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, принудительном исполнении и сотрудничестве в отношении ответственности родителей и мер по защите детей (19 октября 1996 г.), а также Конвенция о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (25 октября 1980 г.) и Конвенция о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления (удочерения) (29 мая 1993 г.)

В сфере правового и судебного сотрудничества были отмечены такие конвенции, как Конвенция по вопросам гражданского процесса (1 марта 1954 г.), Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (5 октября 1961 г.), ратифицированная на данный момент более чем в 100 государствах, Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (15 ноября 1965 г.)³, Конвенция

³ См.: А.Н. Жильцов. Практическое руководство по применению Гаагской конвенции от 15 ноября 1965 г. о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам. М.: Волтерс Клувер, 2007. www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2728&dtid=3.

о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам (18 марта 1970 г.), Конвенция о международном доступе к правосудию (25 октября 1980 г.). Российская Федерация присоединилась к 5 из указанных конвенций и подписала Конвенцию о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления (удочерения) (29 мая 1993 г.).

Среди последних новелл, разрабатываемых Гаагской конференцией в сфере правового сотрудничества, профессор Л.Э. Тайтц обратила внимание на программу применения электронного апостиля или e-APP (electronic Apostille Pilot Program), созданную совместно с Национальной ассоциацией нотариусов США. Этот проект был разработан на основе заключений и рекомендаций, принятых в 2003 г. Специальной комиссией по практическому применению Конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов. Главными преимуществами этой программы являются внедрение низкозатратных, безопасных и действенных технологий применения электронного апостиля, а также создание и функционирование электронного Регистра апостилей, что в целом будет способствовать уменьшению уровня мошенничества в данной сфере.

Среди конвенций Гаагской конференции в области коммерческого и финансового права были обсуждены Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (22 декабря 1986 г.), Конвенция о праве, применимом к агентским договорам (14 марта 1978 г.). Данные конвенции на сегодняшний момент ратифицированы небольшим количеством государств (8 и 4 государства соответственно), к которым не относится РФ.

В рамках приоритетных направлений своей деятельности Гаагская конференция приступила к подготовке проекта конвенции о судебных решениях (“Judgements Project”), который касается двух ключевых направлений: международной юрисдикции и международного признания и приведения в исполнение решений, принятых судами иностранных государств. Данный проект находится в стадии разработки, и 5 марта 2012 г. был опубликован доклад о принятых Секретариатом мерах по формированию Экспертной комиссии для разработки основных направлений данного проекта.

Кроме того, профессор Л.Э. Тайтц подчеркнула важность прошедшей 15-17 февраля 2012 г. совместной Конференции Европейской Комиссии и Гаагской конференции по вопросам доступа к иностранному

праву по гражданским и торговым делам, по результатам которой был принят ряд рекомендаций, отмечающих, в частности, необходимость создания механизмов упрощения такого доступа ввиду усиливающейся глобализации и трансграничного перемещения лиц, товаров, услуг и финансовых средств.

Однако, по словам профессора Л.Э. Тайтц, большую часть работы Гаагской конференции занимает не разработка новых конвенций и документов, а так называемая «пост-конвенционная работа», в частности выработка стандартов и рекомендаций по применению существующих конвенций, внедрение программ обучения судебного корпуса государств-членов, осуществление контроля применения принятых конвенций. В связи с этим профессор Л.Э. Тайтц подчеркнула важную роль Информационного центра в области изучения и систематизации российской судебной практики применения конвенций Гаагской конференции.

Доктор К. Нитхаммер-Юргенс рассказала о Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (25 октября 1980 г.). Российская Федерация присоединилась к данной Конвенции в 2011 г., и сейчас ведется активная работа по решению практических проблем применения ее положений. Учитывая количество смешанных браков, заключаемых гражданами РФ, этот вопрос является для нашей страны очень актуальным.

Доктор К. Нитхаммер-Юргенс отметила, что данная Конвенция направлена на защиту детей от вредных последствий, связанных с их незаконным перемещением или удержанием в международном масштабе, и предусматривает процедуры, обеспечивающие их незамедлительное возвращение в государство постоянного проживания и защиту прав доступа к ребенку. Доктор К. Нитхаммер-Юргенс подчеркнула, что для эффективного применения Конвенции необходимо приведение законодательства государств-членов в соответствие с положениями Конвенции, и установление механизма ее исполнения на национальном уровне.

В рамках круглого стола при участии сотрудников Информационного центра, сотрудников кафедры международного частного и гражданского права МГИМО, российских специалистов в области международного частного права, аспирантов и студентов, принимающих активное участие в работе Информационного центра, обсуждались перспективы дальнейшего сотрудничества Гаагской конференции и Информационного центра, реализуемые проекты Гаагской конференции

и возможность непосредственного участия в них Информационного центра.

А.Х. Гордеева, ответственный секретарь Информационного центра
Гаагской конференции по международному частному праву в Москве

Г.Е. Валентирова

Е.А. Слепокурова