

**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
№ 1 (81) 2011 январь–март

Права человека

<i>Ковалев А.А.</i> Концепция универсальных прав человека как общечеловеческой ценности	3
<i>Alexander A. Kovalev</i> The Conception of Universalism of Human Rights as a Global Value	13
<i>Иванов Д.В.</i> Международное сотрудничество государств в области защиты прав лиц, перемещенных внутри страны	15
<i>Dmitri V. Ivanov</i> International Cooperation of States in the Field of Internally Displaced Persons Protection	30

Международное гуманитарное право

<i>Котляров И.И.</i> Международное гуманитарное право о запрещенных средствах ведения войны	31
<i>Ivan I. Kotlyarov</i> International Humanitarian Law on Prohibited Means of Warfare	48

Право международной безопасности

<i>Войтова Т.Н.</i> Деятельность Комитета Совета Безопасности ООН по предотвращению распространения оружия массового уничтожения	49
<i>Tatiana N. Voytova</i> Activity of the UN Security Council Committee on the Prevention of Proliferation of Weapons of Mass Destruction	67

Международное частное и гражданское право

<i>Кабатова Е.В., Вершинина Е.В., Линдо А.В.</i> Сделки с заинтересованностью в акционерных обществах в российском и зарубежном праве: общая характеристика	68
<i>Elena V. Kabatova, Elena V. Vershinina, Anastasia V. Lindo</i> Interested Party Transactions in Joint Stock Companies under Russian and Foreign law: General Features	82
<i>Медведев А.В.</i> Законодательное регулирование вещных прав в КНР: сравнение с российским правом	83

<i>Alexander V. Medvedev</i> The Legal Regulation of the Proprietary Rights in the People's Republic of China: Comparison with Russian Law	99
<i>Михайлов А.В.</i> Отдельные вопросы правового регулирования банковских счетов по праву России и Германии	100
<i>Alexander V. Mikhaylov</i> Several Questions of Bank Accounts Legal Regulation under the Laws of Russia and Germany	110
<i>Шаталова С.В.</i> Решение Верховного суда США по делу «Самантар против Юсуфа» и иммунитеты иностранных должностных лиц	111
<i>Svetlana V. Shatalova</i> The U.S. Supreme Court Decision in the Case Samantar v. Yousuf and Immunities of Foreign Officials	130

Международное и внутригосударственное право

<i>Попадюк О.А.</i> Конституционно-правовой статус личности в Исламской Республике Пакистан	131
<i>Oleg A. Popadyuk</i> Features of Legal Status of a Person and Citizen in Islamic Republic of Pakistan	147

Международное экономическое право

<i>Шашкова А.В.</i> Материальный аспект отмывания незаконно полученных доходов, модели и типологии легализации	148
<i>Anna V. Shashkova</i> The Substantive Aspect of Illegal Money-Laundering, Models & Typologies	163

Избранные дела международной частноправовой практики Коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры»

<i>Монастырский Ю.Э.</i> Особенности понимания термина «коммерческий подкуп» в праве Российской Федерации	164
<i>Yuri E. Monastyrsky</i> The Notion of “Commercial Bribery” as It Is Understood in the Russian Legal System	168

Голоса молодых

<i>Ильишевич М.В.</i> Понятие односторонних актов государств в международном праве	172
<i>Marianna V. Ilyashevitch</i> Concept of Unilateral Acts of States in International Law	184
<i>Лукинская М.П.</i> Правовые аспекты формирования в Европейском союзе единого рынка финансовых услуг	185
<i>Maryia P. Lukinskaya</i> Legal Aspects of Development of Single Market of Financial Services in the European Union	200
<i>Нагиева А.А.</i> Иммунитеты и привилегии Межпарламентской Ассамблеи СНГ и её должностных лиц	201
<i>Amina A. Nagiyeva</i> Immunities and Privileges of Interparliamentary Assembly of CIS and its Officials	210

Документы

Конвенция Африканского союза о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказании им помощи в Африке (Кампальская конвенция)	211
--	-----

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Концепция универсальных прав человека как общечеловеческой ценности

*Ковалев А.А.**

Сложившаяся к настоящему времени концепция межгосударственного сотрудничества в области прав человека в идеале должна стать универсальной, поскольку права человека неотъемлемо присущи всем людям, и все международное сообщество должно обеспечивать их уважение, соблюдение и уважение.

Важность обеспечения универсальности, объективности и неизбежности при рассмотрении вопросов, связанных с правами человека, подтвердила Венская декларация и Программа действий, принятая Всемирной конференцией по правам человека 25 июня 1993 г.

Международное сообщество выдвинуло различные концепции прав человека (позитивистскую, естественно-правовую, коммунитаристскую, теоцентрическую и т.д.) Такое разнообразие концепций не препятствует формированию универсальной концепции межгосударственного сотрудничества в области прав человека на основе общепризнанных принципов и норм международного права.

Ключевые слова: концепция универсализма прав человека; общечеловеческая ценность; Венская декларация о правах человека; идеологизация и деполитизация межгосударственного сотрудничества в области прав человека; систематизация прав человека; принцип уважения прав человека как основной принцип современного международного права.

* Ковалев Александр Антонович – д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой международного права Дипломатической академии МИД России, заслуженный деятель науки Российской Федерации. mezpravo@kafedra.dipacademy.ru.

Как отмечает С.В. Черниченко, к настоящему времени сложилась концепция межгосударственного сотрудничества в области прав человека, которая продолжает развиваться на основе общепризнанных принципов и норм международного права¹. В идеале, очевидно, эта концепция должна стать универсальной, поскольку права человека неотъемлемо присущи всем людям, и все международное сообщество должно обеспечивать их уважение, соблюдение и защиту. Права человека являются не только универсальными ценностями для представителей всех культур и традиций, но и, по сути своей, ценностями местными, обязательствами, взятыми государствами, и уходящими своими корнями в международные договоры и национальные конституции и законы. Практика ООН и отдельных государств свидетельствуют о том, что, несмотря на суверенное право государства регулировать отношения с собственными гражданами, этот вопрос в случае нарушения прав этих граждан становится предметом озабоченности международного сообщества. Это и понятно, так как самостоятельное регулирование государством своих взаимоотношений со своими гражданами, в частности, в области прав человека, не дает права государству на их игнорирование и/или нарушение.

Если же в государстве происходят массовые и грубые нарушения прав человека, такие, как апартеид, расизм, геноцид, являющиеся нарушением своих обязательств по Уставу ООН и по соответствующим международно-правовым договорам, международное сообщество и, в частности, Международный Суд ООН имеют право рассмотреть эти нарушения и принять необходимые меры для их устранения. Кроме того, в пользу перехода концепции межгосударственного сотрудничества в области прав человека на универсальный уровень свидетельствует нарастающая тенденция к расширению права международного сообщества рассматривать различные аспекты соблюдения прав человека в отдельных государствах. Такая тенденция особенно заметна во взаимоотношениях государств, входящих в Совет Европы, а также в рамках ОБСЕ. Так, на Московском совещании Конференции по человеческому измерению 1991 г. СБСЕ государства-участники заявили, что «обязательства, принятые ими в области человеческого измерения СБСЕ, являются вопросами, представляющими непосредственный и законный интерес для всех государств-участников, и не относятся

¹ Подробнее см.: Международное право. Учебник./Под ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. М., 2008. С. 306.

к числу исключительно внутренних дел соответствующего государства. Соблюдение прав и свобод человека составляет одну из основ современного международного правопорядка.»².

Венская декларация и Программа действий, принятая Всемирной конференцией по правам человека 25 июня 1993 г., также подтвердила важность обеспечения универсальности, объективности и неизбирательности при рассмотрении вопросов, связанных с правами человека. Этот документ имеет особое значение для дальнейшего развития концепции межгосударственного сотрудничества в области прав человека.

В настоящее время, как известно, международное право прав человека существует как самостоятельный раздел международного права и как его своеобразный критерий формирования. Обобщая и проецируя развивающуюся тенденцию на будущее, можно утверждать, что права человека все чаще признаются как имеющие монономный характер для всего универсального, регионального и национального правового пространства. Таким образом, любое правовое пространство может считаться именно таковым только при соблюдении прав человека. С другой стороны, именно благодаря правам человека происходит объединение правового поля в единое межгосударственное правовое поле. Этим, на наш взгляд, и можно объяснить появление международного права прав человека как отрасли права, где происходит состыковка различных правовых систем. При этом следует отметить исключительный динамизм нормативной системы в области прав человека. Концепция универсальности прав человека исходит из того, что права человека понимаются не как застывшие навечно нормы, а лишь как относительное средство, отражающее каждую новую ступень нашего осознания индивида, обладающего правами и имеющего свое достоинство.

Процесс становления концепции универсальности прав человека охватывает, в первую очередь, согласование видения природы прав человека, характера защиты и, самое главное, согласование единых принципов международного сотрудничества государств, относящихся к различным культурам и правовым системам. Как отмечает М.В. Шугуров, направление такого согласования является велением и императивом времени с учетом фактора глобализации³.

² Текст документа Московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ см.: Сов. журнал международного права. М., 1991. № 3/4.

³ См.: Шугуров М.В. Международное право прав человека: проблемы доктринального консенсуса // Международное публичное и частное право. 2007. № 5.

Международное сообщество выдвинуло различные концепции прав человека (позитивистскую, естественно-правовую, коммунитаристскую, теоцентрическую и т.д.). Такое разнообразие концепций не препятствует формированию универсальной концепции межгосударственного сотрудничества в области прав человека на основе общепризнанных принципов и норм международного права. Между представителями указанных концепций продолжаются острые дискуссии на предмет их гуманности и универсальности, в процессе которых выявляются во многом мнимая поляризация взглядов либералов, консерваторов, коммунитаристов по правам человека, что свидетельствует о необходимости создания новой универсальной концепции прав человека, более адекватно отражающей существующие реалии в мире.

В науке международного права выделяются четыре основных составляющих универсальной концепции⁴.

Во-первых, все права неделимы, составляют единый комплекс, из их совокупности нельзя исключить хотя бы одну составляющую в ущерб другим. Недопустимо противопоставление какого-либо одного права или свободы какому бы то ни было другому. Это замечание о неделимости прав человека совершенно справедливо, поскольку в противном случае будет нарушен общий принцип уважения прав человека и основных свобод, принцип универсальности прав человека.

Признание прав человека не исключает определенной их систематизации. Приоритетным правом является право на жизнь как важнейшее право, без обеспечения которого бессмысленно ставить вопрос о соблюдении остальных прав и свобод человека. Абсолютным же правом, на наш взгляд, является право не быть подвергнутым пыткам и жестокому обращению в соответствии с положениями конвенции ООН против пыток 1984 г.

Во-вторых, **принцип уважения прав человека** как один из основных принципов современного международного права никак не может противостоять другим его основополагающим принципам, он **должен** применяться и **приниматься в системе всех принципов международного права**. Поэтому ссылки на необходимость защиты прав человека не могут оправдать попыток нарушить другие принципы международного права: уважение государственного суверенитета, невмешательство государств во внутренние дела друг друга и прежде всего запрещение

⁴ Колосов Ю.М., Кузнецов В.М.. Международное право. Учебник. С. 298-301.

угрозы силой или ее применения в международных отношениях, а также, что немаловажно, принцип сотрудничества.

В-третьих, из суверенитета государства вытекает, что вся сфера взаимоотношений с собственным населением – вопрос, который находится, прежде всего, на уровне внутригосударственного права, включая судебные процедуры. Иными словами, государство самостоятельно регулирует свои взаимоотношения с собственным населением, особенно в социально-экономической сфере. Однако это не означает исключительного «права» государства устанавливать социально-экономические стандарты. Здесь проявляется положение о прямом действии норм международного права в области прав человека. На этом основано сложившееся в ООН и Совете Европы положение о том, что никакое государство не может не выполнять своего обязательства уважать и соблюдать права человека.

В-четвертых, область межгосударственного сотрудничества по вопросам прав человека должна быть деидеологизирована и деполитизирована. Это означает, что на уровне межгосударственных контактов признается необходимым исключить какой бы то ни было «идеологический» базис в вопросах прав человека. В соответствии со статьей 28 Декларации каждый человек имеет право на социальный и международный порядок, при котором права и свободы, изложенные в настоящей Декларации, могут быть полностью осуществлены.

По мнению белорусского исследователя Н.Н. Белякович, универсальная концепция прав человека должна содержать следующие элементы:

- во-первых, в процессе формирования прав человека определяющую роль составляет социально-политический аспект;
- во-вторых, рассмотрение прав человека в поликультурном контексте должно исходить из постулата безусловной ценности и равноправия всех типов культур, существующих в современном мире;
- в-третьих, права человека должны находиться в диалектическом единстве с обязательствами человека не только к обществу, но и к определенным социальным группам⁵.

Соглашаясь в принципе с элементами универсальной концепции прав человека, предложенными Н.Н. Белякович, на наш взгляд

⁵ Н.Н. Белякович. Права человека и политика. Философско-правовые основы. Минск. 2009. С. 364.

целесообразно добавить к ним необходимость учета разнообразия форм проявления прав человека в различных цивилизациях.

В универсальной концепции также должны найти отражение особенности природной среды существования той или иной общности людей и регионов, уникальность и специфика их исторического, социально-экономического, политического и культурного развития.

Как справедливо считает профессор Л.Н. Шестаков, права человека приобретут универсальный характер и статус общечеловеческих ценностей «тогда, когда в перечень основных прав и свобод будут включены те, которые, несмотря на то, что незнакомы европейскому обществу, признаются правами и свободами в неевропейских цивилизациях»⁶. В общие стандарты, убежден автор, должны включаться и элементы исламского подхода к правам человека, равно как и элементы других цивилизаций⁷. Может ли претендовать достигнутый уровень сотрудничества в области прав человека, эффективность такого сотрудничества на универсализм? К сожалению, более чем 60-летняя⁸ история современной системы прав человека свидетельствует о недостижимости того уровня эффективности системы, который планировался разработчиками Всеобщей Декларации прав человека, если не будут предприняты структурные изменения этой системы. Причины неэффективности системы прав человека, на наш взгляд, заключаются в следующем. Структура системы прав человека на концептуальном уровне неадекватно отражает складывающиеся в современном обществе социально-культурные условия. Универсальной концепции прав человека как структурному элементу концептуального уровня системы была отведена приоритетная роль общепринятой концепции, что не соответствует ее действительному статусу, исходя из культурно-исторических реалий. Иначе говоря, универсальная концепция прав человека не имеет такого числа сторонников в мире, чтобы оправдать ее определяющую роль в качестве концептуальной базы абсолютного большинства универсальных международных документов, касающихся прав человека. Статус этот подвергнулся сомнениям со стороны западных специали-

⁶ Шестаков Л.Н. Ислам и права человека // Вестник Моск.ун-та. Сер. 11. Право. 1997. № 5.

⁷ См.: Шестаков Л.Н. Указ.соч. С. 12.

⁸ Имеется в виду срок с момента подписания Всеобщей Декларации прав человека 1948 г., которая восприняла универсальную концепцию прав человека, зафиксировала весь каталог гражданских, экономических, социальных и культурных прав, а также гарантии их реализации и способы ограничения.

стов и открытой критике со стороны представителей других культур на протяжении всего периода существования современной системы международного права.

Еще в начале 80-х годов XX века, несмотря на признание мировым сообществом и большинством ученых (Лаутернахт, Макдугал, Чен) принципа универсальности прав и свобод человека, закрепленных во Всеобщей Декларации прав человека, страны Афро-Азиатского региона стали выступать с критикой этого принципа, называя его абстрактным, нереальным, отражающим лишь европейские ценности и не учитывающим национальные, религиозные, исторические, географические особенности каждого государства или группы государств⁹.

Указанная позиция особенно ярко выявилась в выступлениях представителей развивающихся государств (Китай, Индонезии, Сирии, Пакистана, Йемена, Сингапура) в период проведения Второй Всемирной конференции по правам человека (с 14 по 25 июня 1993 г.) В частности, они заявили о новой концепции прав человека, отличающейся от традиционно западной, суть которой сводилась к следующему: а) основное внимание должно уделяться региональной специфике отдельных стран при трактовке и применении прав человека; б) социально-экономическим правам должен отдаваться приоритет перед гражданскими и политическими.

Если в пределах западного мира ввиду общности исторического наследия спор «секуляристов» и «клерикалов» предстает как конструктивный диалог, имеющий вполне оптимистические перспективы, то различия в позициях представителей Запада и исламского мира подчас кажутся непреодолимыми. Исламские правоведы настаивают на невозможности принятия странами, проповедующими ислам, не только концепции естественного права (идеологической базы универсальной концепции прав человека), которая, на их взгляд, является продуктом секулярной интерпретации иудео-христианских ценностей и определенных так называемых «международных стандартов» в сфере прав человека. Примером этому является конференция «Переосмысление прав человека», прошедшая в конце 1994 г. в Куала-Лумпур. Впервые инициатива по обсуждению проблемы прав человека исходила не от западных стран, а от представителей «третьего мира». Это была первая конференция, на которой анализировалась глобальная экспансия западного

⁹См.: International Law Association. Cairo Conference. Committee on the Enforcement of Human Rights Law. 1992. P. 5.

мира. Красной нитью на конференции проходила мысль, что западное доминирование представляет угрозу правам человека и человеческому достоинству. Так, в докладе М.М. Аюба (Ливан) «Азиатский дух и моральные ценности человека» было показано, что исламская доктрина и традиция прав человека воспринимает их принципиально по-другому, нежели на Западе: теоцентрично, а не антропоцентрично. В этом, с его точки зрения, заключается ключевой конфликт между Западом и исламским миром. Современная западная концепция прав человека чужда исламской религиозной традиции и идеологии, а Всеобщая Декларация прав человека с самого начала оспаривалась мусульманскими интеллектуальными кругами, религиозными лидерами и политиками¹⁰.

Тем временем современный мир вступает в новую эпоху. Наряду с такими вызовами современности как терроризм, антиисламизм, глобальный финансовый кризис, о которых говорят представители политических элит Запада, с процессом глобализации проявляется движение к возрождению религиозного сознания в обществах так называемой десекуляризации. Этот феномен современного общества, на наш взгляд, необходимо учитывать по двум причинам. Во-первых, десекуляризация как укрепление позиций религии (идеологии и институтов) в общемировом масштабе имеет место в связи с все более возрастающим влиянием «незападных» стран. Это, в первую очередь, страны традиционного распространения ислама, в которых секуляризация не имела столь глобального влияния, как в странах Запада.

Во-вторых, десекуляризация, хотя и в гораздо более скромных масштабах, на культурном и индивидуальном уровнях все чаще становится предметом рефлексии социологов в обществах Запада (Европа, США). Современный мир все чаще, начиная с 90-х годов прошлого века, определяется как «постсекулярный». Эта концепция, будучи институционализированной, в свою очередь, должна стать эффективным инструментом международно-правового регулирования в сфере прав человека. Другими словами, структурные и функциональные изменения в системе прав человека на концептуальном уровне приведут к изменению функционирования всей системы.

Для достижения консенсуса сторонам, как известно, приходится идти на обоюдные уступки, пересмотр своих первоначальных позиций. Представляется, в этой связи, что западный секулярный мир должен перестать безапелляционно утверждать окончательность и неизменность

¹⁰ См.: Абазов Р.Ф. Переосмысление прав человека // Полис, 1995. № 2.

универсальной концепции прав человека, проявить готовность к ее переработке и дополнению незападными религиозными и этнокультурными доктринами, в первую очередь, исламской, самой влиятельной доктриной. Как известно, эта доктрина не признает врожденных прав человека, считает, что все права принадлежат Аллаху, который дарует их людям. Не вдаваясь в глубокий анализ исламской доктрины, следует только отметить, что именно западная доктрина естественных прав человека вызывает наибольшее несогласие со стороны исламских правоведов.

В последнее время можно отметить отдельные признаки смягчения подхода исламских юристов к вопросу исламской реформации. Одним из наиболее влиятельных современных идеологов такой реформации является профессор юридического факультета университета Эмори (США) Абдуллахи Ахмад Ан-Наим, Он, например, предлагает проект решения конфликта между универсалистскими предпосылками и традиционной исламской доктриной. Исходя из идеи создания альтернативной исламской концепции исламского права, Ан-Наим настаивает на праве мусульман на признание их религиозной идентичности, в частности, в вопросах законодательства и права в целом. Он также утверждает, что применение «традиционного шариата в его публично-правовых аспектах порождает в современном обществе большие проблемы»¹¹. Таким образом, Ан-Наим предлагает вывести из государственного законодательства нормы исторического шариата, которые были, очевидно, прогрессивными в VII в., но не соответствуют реалиям современности. Это позволит избежать проблем, возникающих в связи с некоторыми положениями шариата, которые рассматриваются как дискриминационные в отношении женщин и немусульман. Аналогичной является ситуация и с традиционными видами наказаний, предусмотренных шариатом, которые Ан-Наим предлагает заменить на наказания, принятые в западном мире.

В этой связи интересно отметить изменение вектора обсуждения универсальной концепции прав человека. Если на протяжении XX века споры вокруг концепции возникали между представителями двух противоборствующих политико-идеологических блоков, то в постсоветском периоде на первый план вышла дискуссия между «востоком» и «западом» как религией и секуляризацией. Причем предметом

¹¹ Ан Наим. На пути к исламской реформации (электронный ресурс) URL.<http://www.sakharov-center.ru/row/towch1.10.10.2008>.

разногласий становится не сама идея наличия прав человека и даже не столько перечень конкретных прав, закрепленных во всевозможных международных документах в сфере прав человека, который вызывает ряд вопросов со стороны религиозных теоретиков, сколько различные взгляды на природу, генезис этих прав. Сложность в выработке общих универсальных для всех традиций критериев рациональности является результатом различных традиций философского обоснования концепций прав человека в рамках каждой доктрины, присущих данному социокультурному обществу. Следствием этого становятся все более частые высказывания о пересмотре некоторых положений Всеобщей Декларации прав человека, которые стали результатом исключительного и одностороннего влияния западной секулярной традиции, неприемлемых для иных культурных сообществ, и потому не отвечающих потребности гетерогенного международного сообщества. Так, в частности, управляющий делами Российского объединения Союз христиан веры евангельской пастор Константин Бенас сделал недвусмысленное заявление: «Мы за реальные изменения сложившейся ситуации с правами человека вплоть до пересмотра Всемирной декларации прав человека»¹².

В этой связи следует согласиться с мнением Е.А. Лукашевой о недопустимости форсирования процесса восприятия универсальных стандартов прав человека незападными культурами¹³. Кроме того, нуждается в обновлении сама концепция универсальности прав человека. В ее основе должен лежать не просто цивилизационный, а интерцивилизационный (межцивилизационный, «взаимокультурный») подход¹⁴.

Библиографический список.

Абазов Р.Ф. Переосмысление прав человека // Полис, 1995. № 2.

Ан Наим. На пути к исламской реформации (электронный ресурс)
URL:<http://www.sakharov-center.ru/row/towch1.10.10.2008>.

¹² См.: Христианский Мегапортал со ссылкой на «Коммерсантъ». (Электронный ресурс)
URL. www.invic-tory.org.21.11.2008.

¹³ Подробнее см.: Лукашева Е.А. Права человека: конфликт культур// Наш трудный путь к праву. Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 241-255.

¹⁴ См.: Глухарева Л.И. Универсальность и социокультурный релятивизм прав человека. Право и права человека. Сборник научных трудов юридического факультета МГПУ. Кн. 5., 2003. С. 24-38.

Белякович Н.Н. Права человека и политика. Философско-правовые основы. Минск. 2009.

Глухарева Л.И. Универсальность и социокультурный релятивизм прав человека. Право и права человека. Сборник научных трудов юридического факультета МГПУ. Кн. 5., 2003. С. 24-38.

Колосов Ю.М., Кузнецов В.М. Международное право. Учебник.

Лукашева Е.А. Права человека: конфликт культур // Наш трудный путь к праву. Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца. М., 2006. С. 241-255.

Международное право. Учебник. / Под ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. М., 2008.

Шестаков Л.Н. Ислам и права человека // Вестник Моск.ун-та. Сер. 11. Право. 1997. № 5.

Шугуров М.В. Международное право прав человека: проблемы доктринального консенсуса // Международное публичное и частное право. 2007. № 5.

The Conception of Universalism of Human Rights as a Global Value (Summary)

*Alexander A. Kovalev**

The article examines the concept of universalism of human rights, which came into prominence after World War II. The core of this concept is that human rights belong to everyone, no matter of what status a person holds in society. Every individual has a claim to enjoyment of human rights, wherever the individual resides.

The article shows criticism of the universalism. Critics argue that universalism perpetuates colonialist practices, complaining that one group assumes superiority over the other.

On the basis of the detailed analysis of the issues connected with the above mentioned criticism of universalism the author underlines that human rights are internationally agreed values, standards or rules regulating

* Alexander A. Kovalev – Doctor of Laws, professor, head of the Chair of International Law, Diplomatic Academy MFA Russia; Honoured Scientist of the Russian Federation. mezpravo@kafedra.dipacademy.ru.

the conduct of states towards their own citizens and non-citizens. Human rights, in the words of the preamble of the Universal Declaration of Human Rights, are common standard to achieve for all peoples and nations.

The article clearly demonstrates that a long process of civilization has imposed norms to restrain human behavior, and these norms of restraint evolved in parallel fashion across different cultures.

In conclusion the author underlines that the universal concept of human rights still encounters a legitimate obstacle by local cultural, religious, and legal norms. The World Conference on Human Rights affirmed that “the international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of states, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and to protect all human rights and fundamental freedoms”.

Keywords: Conception of universal human rights; human value; Vienna declaration on human rights; deideologisation and depolitisation of the international cooperation in the field of human rights; systematization of human rights; principle of human rights respect as the main principle of the international law.

Международное сотрудничество государств в области защиты прав лиц, перемещенных внутри страны

*Иванов Д.В.**

В данной статье содержится описание истории развития международно-правового регулирования защиты лиц, перемещенных внутри страны (ЛПВС); основные теоретические аспекты рассматриваемой проблемы и международное сотрудничество государств по вопросу оказания помощи ЛПВС.

Ключевые слова: международное право; лица, перемещенные внутри страны (ЛПВС); вынужденный переселенец; вынужденная миграция.

Впервые вопрос о необходимости централизованного и организованного предоставления помощи ООН лицам, перемещенным внутри страны (ЛПВС), был рассмотрен на Международной конференции по вопросу о бедственном положении беженцев, репатриантов и перемещенных лиц в южной части Африки, состоявшейся в Осло 22–24 августа 1988 г. Предложение о проведении данной конференции было поддержано Генеральной Ассамблеей ООН. Целями конференции, среди прочего, являлось привлечение внимания международного сообщества к проблемам беженцев, репатриантов и ЛПВС в девяти государствах: Анголе, Ботсване, Лесото, Малави, Мозамбике, Свазиленде, Танзании, Замбии и Зимбабве. В ходе работы конференции предполагалось определить основные причины вынужденного перемещения населения в регионе, а также определить их экономические, социальные и гуманитарные потребности, проблемы и потребности принимающих их государств. Кроме того, по результатам конференции ее участники приняли Декларацию и План действий по гуманитарному вмешательству в данном регионе. На конференции обсуждались такие вопросы, как причины перемещения; оказание помощи вышеуказанным категориям лиц и их потребности; оказание помощи государствам убежища и/или государствам, принимающим ЛПВС; помощь в чрезвычайных обстоятельствах и помощь развивающимся странам.

* Иванов Дмитрий Владимирович – к. ю. н., профессор кафедры международного права МГИМО (У) МИД РФ. ilc48@mail.ru.

24 августа 1988 г. были приняты Декларация и План действий по вопросу о бедственном положении беженцев, репатриантов и ЛПВС в южной части Африки. В Декларации были указаны основные причины вынужденного перемещения населения в рассматриваемом регионе, основополагающие принципы гуманитарной помощи, подчеркнута связь между оказанием поддержки, возмещением ущерба и помощью развивающимся странам, закреплён принцип «распределения бремени».

На тот момент особенно остро стоял вопрос о решении проблем ЛПВС ввиду отсутствия какой-либо международной организации, которая могла бы предоставлять¹ им помощь. Поэтому в Плане действий на Генерального секретаря ООН была возложена обязанность по проведению исследований и консультаций с целью обеспечить своевременное осуществление и координирование программ помощи (пункт 21). В пункте 22 Плана действий был закреплён призыв к международному сообществу осуществлять сотрудничество в решении вопросов по безопасной доставке гуманитарной помощи. Согласно пункту 27 Плана действий принимающие страны и страны происхождения в сотрудничестве с Генеральным секретарем ОАЕ (ныне – АС) и Верховным комиссаром ООН по делам беженцев должны способствовать возвращению ЛПВС, если на то позволяют обстоятельства².

На Международной конференции по проблеме центральноамериканских беженцев в Гватемале в 1989 г. также было обращено внимание на положение лиц, перемещённых внутри страны. Решение о проведении данной конференции было принято в связи с необходимостью решения проблем беженцев и ЛПВС в Центральной Америке. Ещё в 1987 г. в Гватемале на совещании на высшем уровне Эскипулас II было подписано соглашение «Пути установления прочного и стабильного мира в Центральной Америке». В разделе 8 соглашения государства закрепили обязательство предоставлять защиту и помощь беженцам и ЛПВС, ставшими таковыми в результате регионального кризиса, в особенности, в том, что касается здравоохранения, образования, трудоустройства, и безопасности и, кроме того, способствовать

¹ Более подробно об этом см. Иванов Д.В. Беженцы в современном международном праве. – М.: Междунар. Отношения, 2006.; Иванов Д.В. Бобринский Н.А. Правовой статус лиц, ищущих убежище, в современном международном праве. – М.: Статут, 2009.

² International Conference on the Plight of Refugees, Returnees and Displaced Persons in Southern Africa (SARRED): Report of the Secretary-General: 19 October 1988, A/43/717. URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68f410.html> (accessed 30.12.2010).

их репатриации, переселению или перемещению, при условии, что данные действия являются добровольными и осуществляются с учетом индивидуальных обстоятельств³. Исполнительная комиссия, созданная в соответствии с соглашением, приняла решение учредить Подкомиссию по вопросам беженцев и ЛПВС в составе представителей стран Центральной Америки для изучения и выработки рекомендаций с целью содействия и облегчения добровольной репатриации, а также механизмы регионального сотрудничества⁴. Таким образом, Конференция по проблеме центральноамериканских беженцев стала еще одним этапом в процессе принятия и разработки новых механизмов международного сотрудничества в сфере вынужденной миграции в регионе.

На конференции были приняты Декларация и Согласованный план действий в интересах центральноамериканских беженцев, репатриантов и ЛПВС⁵. План действий предусматривал реализацию различных программ, направленных на улучшение положения ЛПВС. Такие программы предусматривали упрощение процедуры возвращения вынужденных мигрантов в страну происхождения, восстановление их сообществ или их размещение в пределах национальной территории или в местах их фактического проживания. При этом основной целью таких действий должна была стать интеграция ЛПВС и их участие в процессе развития на тех же условиях, на которых в нем участвуют граждане соответствующего принимающего государства (пункт 30).

Экономический и Социальный Совет ООН 27 июля 1990 г. принял резолюцию 1990/78, в которой обратился к Генеральному секретарю ООН с просьбой «организовать в рамках всей системы ООН проведение обзора для оценки опыта и возможностей различных организаций в деле координации помощи всем беженцам, ЛПВС и репатриантам и оценки всего спектра их потребностей» и на основании такого

³ Guatemalan agreement for peace in Central America: of Aug. 7, 1987. URL: http://findarticles.com/p/articles/mi_m1079/is_n2127_v87/ai_6101621/pg_3/?tag=content;coll1 (accessed: 30.12.2010).

⁴ Помощь центральноамериканским беженцам, репатриантам и лицам, перемещенным внутри страны: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН: 42/110, A/RES/42/110, 93-е пленарное заседание, 07.12.1987 года. URL: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/42/110&Lang=R> (дата обращения: 30.12.2010).

⁵ Declaration and Concerted Plan of Action in Favour of Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons (CIREFCA): of 31 May 1989. URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fbb5d094.html> (accessed: 30.12.2010).

обзора «рекомендовать пути максимального расширения сотрудничества и координации между различными организациями системы Организации Объединенных Наций» для обеспечения реагирования на проблемы беженцев, ЛПВС и репатриантов⁶.

В 1990 г. УВКБ ООН и Международный совет добровольных учреждений (МСДУ), Конфедерация добровольных организаций, занимающаяся международной деятельностью в области развития, а также в социальной и гуманитарной сферах, провели ряд консультаций по основным вопросам сотрудничества с участием небольшого числа неправительственных организаций и 20 Региональных Представительств УВКБ ООН на местах. Возросли роль и значение неправительственных организаций, выступающих в качестве партнеров ООН по оперативной деятельности и предоставлению международной защиты беженцам и ЛПВС. Данное обстоятельство нашло отражение в справочном документе по вопросу о взаимоотношениях между УВКБ ООН и неправительственными организациями. В июне 1993 г. УВКБ ООН и МСДУ провели консультации относительно проекта «Партнерство в действии» (ПАРИНАК). Рассматривавшиеся вопросы отбирались по принципу их соответствия актуальным проблемам и включали в себя вопросы о международной защите, лицах, перемещенных внутри страны, готовности к чрезвычайным ситуациям и мерах по их ликвидации, переходе от оказания помощи к процессу восстановления и далее к обеспечению развития, а также вопрос о партнерстве. В Каракесе, Катманду, Тунисе, Бангкоке, Аддис-Абебе и Будапеште были проведены региональные совещания. На каждом совещании присутствовали представители в среднем 85 неправительственных организаций, и выдвигался, с учетом реального положения и потребностей региона, комплекс региональных рекомендаций. Приблизительно 500 неправительственных организаций, в основном национальных, внесли свой вклад в разработку рекомендаций, которые вошли в Декларацию и План действий, принятые в Осло на Глобальной конференции неправительственных организаций и УВКБ ООН по вопросам ПАРИНАК (Осло, 6–9 июня 1994 г.). В Плане действий, содержащем

⁶ Всеобъемлющее исследование по вопросам прав человека, относящимся к лицам, перемещенным внутри страны. Подготовлено представителем Генерального секретаря г-ном Франсисом М. Денгом во исполнение резолюции 1992/73 Комиссии по правам человека: 21.01.1993. E/CN.4/1993/35. C.5. URL: <http://daccess-ods.un.org/TMP/4900326.html> (дата обращения: 30.12.2010).

134 рекомендации, была предпринята попытка разработать программы гуманитарной деятельности УВКБ ООН и неправительственных организаций на будущее⁷.

В Декларации говорится о необходимости разработки комплексного подхода к защите и помощи ЛПВС, который основывался бы на четко определенных юридических и практических критериях.

В Плане действий содержится целый раздел, посвященный ЛПВС, который включает ряд рекомендаций по защите и оказанию помощи данной категории вынужденных мигрантов (Рекомендации 40–59). В данном документе подчеркивается необходимость разработки и правового закрепления общего определения понятия «ЛПВС», содержатся рекомендации по совершенствованию деятельности международных органов и организаций, в компетенцию которых входит защита вынужденных мигрантов; подчеркивается необходимость разработки механизмов, которые упростят выдачу документов ЛПВС и др.⁸

В июне 1994 г. УВКБ ООН и неправительственные организации приступили к осуществлению рекомендаций Плана действий, принятого в Осло, с учетом региональных особенностей. Рекомендации, в которых речь идет о ЛПВС, имели основополагающее значение для деятельности УВКБ ООН и неправительственных организаций в Шри-Ланке, где в результате конфликта ЛПВС стали несколько сот тысяч человек. В некоторых случаях возникали смешанные потоки вынужденных мигрантов, состоявших из беженцев и ЛПВС. Например, в Шри-Ланке те, кто возвращался из эмиграции в Индии, могли оказаться среди лиц, перемещенных внутри Шри-Ланки. Аналогичное положение наблюдалось в Бурунди и Руанде. В связи с этим рекомендации ПАРИ-НАК нашли, с учетом сложности проблемы, широкое применение⁹.

⁷ Мероприятия по выполнению рекомендаций Международной конференции по народонаселению и развитию: международная миграция. Деятельность межправительственных и неправительственных организаций в области международной миграции: Доклад Генерального секретаря: E/CN.9/1997/5 10.01.1997. С. 20-21. URL: www.un.org/documents/ecosoc/cn9/1997/russian/ecn91997-1r.pdf (дата обращения: 30.12.2010).

⁸ См. текст Декларации и Плана действий: Oslo Declaration and Plan of Action, 9 June 1994, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68f3d8.html> (accessed: 30.12.2010).

⁹ Мероприятия по выполнению рекомендаций Международной конференции по народонаселению и развитию: международная миграция. Деятельность межправительственных и неправительственных организаций в области международной миграции: Доклад Генерального секретаря: E/CN.9/1997/5 10.01.1997. С. 21. URL: www.un.org/documents/ecosoc/cn9/1997/russian/ecn91997-1r.pdf (дата обращения: 30.12.2010).

В сентябре того же года в Каире прошла Международная конференция по народонаселению и развитию. В ходе конференции также обсуждались различные проблемы ЛПВС, а результатом данного обсуждения стали определенные рекомендации. В отчете о конференции¹⁰ подчеркивается, что целями сотрудничества в области защиты ЛПВС являются обеспечение безопасности данной категории лиц, особенно детей и женщин, пожилых, борьба с причинами их перемещения, упрощение возвращения таких лиц в места их обычного проживания; искоренение всех форм вынужденной миграции, включая «этнические чистки». Согласно разработанным на конференции рекомендациям государства должны бороться с причинами вынужденного перемещения населения внутри страны, оказывать помощь ЛПВС, включая выплаты компенсаций, особенно тем из них, которые не могут возвратиться в места своего обычного проживания в ближайшее время. Кроме того, ЛПВС должны иметь доступ к начальному образованию, возможность трудоустройства, право на пользование услугами в области здравоохранения. Все меры должны приниматься на национальном уровне параллельно с усилиями, предпринимаемыми международным сообществом.

Работа по изучению ситуации, в которой находятся ЛПВС, в различных регионах мира велась непосредственно ООН. С этой целью в 1992 г. впервые была учреждена должность Представителя Генерального секретаря ООН по правам ЛПВС, которому была поручена разработка международных стандартов, касающихся вынужденного перемещения внутри страны.

В 1993 г. по требованию Комиссии ООН по правам человека Представитель Генерального секретаря по правам ЛПВС Френсис М. Денг провел анализ действующих международно-правовых актов, которые могут регулировать правовое положение ЛПВС. В результате проведенного исследования он пришел к выводу, что действовавшие на тот момент международно-правовые акты предоставляли достаточно широкую защиту ЛПВС. Однако в своем исследовании он подчеркнул необходимость разработки и принятия международно-правовых актов, отражающих специфику правового положения ЛПВС¹¹. В част-

¹⁰ Report of the International conference on population and development Cairo. 5-13 September 1994. A/CONF.171/13. 18 October 1994. URL: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offeng/poa.html> (accessed: 30.12.2010).

¹¹ См. Выводы Представителя Генерального секретаря по правам ЛПВС: Further promotion and encouragement of human rights and fundamental freedoms, including the question of the programme and methods of work of the Commission: human rights, mass

ности, он пришел к выводу о том, что прямой запрет на принудительное перемещение содержится только в международном гуманитарном праве и в международно-правовых актах, регулирующих правовое положение коренных народов. Напротив, в общем международном праве о правах человека такой запрет предусматривается лишь косвенно, в частности, в отношении свободы передвижения, запрета посягательства на неприкосновенность жилища. Однако эти международно-правовые нормы, по мнению Представителя, не могут распространяться на все случаи принудительного перемещения. Отсутствие четкой правовой регламентации о вынужденной миграции таких лиц, как ЛПВС в международном праве защиты и поощрения прав человека привело к неопределенности их статуса в международном праве¹². На основе данного исследования были разработаны Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны 1998 г. (далее – Руководящие принципы).

Со временем Руководящие принципы получили широкое признание. В том, что касается ответственности государств, данные стандарты основываются на двух основных положениях. Во-первых, суверенитет государства подразумевает не только право государств на самостоятельные действия, но также обязанность предоставлять защиту и помощь без дискриминации своему населению, включая ЛПВС, в соответствии с международным правом в области защиты и поощрения прав человека и международным гуманитарным правом. Во-вторых, 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, поэтому государства должны принять особые меры по защите и помощи ЛПВС. Руководящие принципы

exoduses and displaced persons. Internally displaced persons. Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1995/57. Compilation and analysis of legal norms. E/CN.4/1996/52/Add.2. 5 December 1995. URL: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/75550e91a4fb1ff802566cc005c2c63?Opendocument> (accessed: 30.12.2010).

¹² Further promotion and encouragement of human rights and fundamental freedoms including the question of the programme and methods of work of the Commission questions of human rights, mass exoduses and displaced persons: Report of the Representative of the Secretary-General, Mr. Francis Deng, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1997/39. Addendum. Compilation and Analysis of Legal Norms, Part II: Legal Aspects Relating to the Protection against Arbitrary Displacement. E/CN.4/1998/53/Add.1. 11 February 1998. URL: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/49dc663a776b2cc2c125661e002d5588?Opendocument> (accessed: 30.12.2010).

распространяются на все этапы перемещения и основаны на действующих нормах международного права в области защиты прав человека и стандартах международного гуманитарного права¹³.

Некоторые вопросы вызывает сам термин «лица, перемещенные внутри страны», особенно его перевод с английского языка. В документах ООН на английском языке для обозначения данной категории лиц используется термин “internally displaced persons”, который переводится как «внутренне перемещенные лица», но, чаще всего, «лица, перемещенные внутри страны».

В аналитическом докладе Генерального секретаря ООН по вопросу о лицах, перемещенных внутри страны, который был представлен Комиссии ООН по правам человека на ее сорок восьмой сессии в 1992 г., используется термин «лица, перемещенные внутри страны» для определения лиц, «которые были вынуждены в большом числе покинуть свои жилища внезапно или неожиданно в результате вооруженного конфликта, внутренних раздоров, систематических нарушений прав человека или стихийных бедствий, или вызванных деятельностью человека катастроф и которые по-прежнему находятся на территории своей собственной страны» (пункт 17). УВКБ ООН выразило мнение, что данное определение является «удачным отправным пунктом для рассмотрения проблемы лиц, перемещенных внутри страны». Однако УВКБ ООН указало на то, что применение в качестве одного из критериев «большого числа» «может привести к субъективной оценке, которая в свою очередь принесет элемент неточности». Некоторые международные организации заявили, что определение, содержащееся в аналитическом докладе, является неоправданно узким и не охватывает ряд лиц или группы лиц, нуждающихся в международной защите. Международная организация по миграции (МОМ) также выступила против исключения из рабочего определения небольших групп лиц, поскольку, в частности, права, которые затрагиваются, являются в основе своей правами личности¹⁴.

¹³ Brookings-Bern Project on Internal Displacement, Protecting Internally Displaced Persons: A Manual for Law and Policymakers, October 2008. P. 3-4. URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4900944a2.html> (accessed: 11.01.2011).

¹⁴ Всеобъемлющее исследование по вопросам прав человека, относящимся к лицам, перемещенным внутри страны. Подготовлено представителем Генерального секретаря г-ном Франсисом М. Денгом во исполнение резолюции 1992/73 Комиссии по правам человека: 21.01.1993. E/CN.4/1993/35. С. 34-35. URL: <http://daccess-ods.un.org/TMP/4900326.html> (дата обращения: 30.12.2010).

В самих Руководящих принципах было закреплено следующее определение: «перемещенными внутри страны лицами считаются лица, или группы лиц, которых заставили или вынудили бросить или покинуть свои дома или места обычного проживания, в частности в результате или во избежание последствий вооруженного конфликта, повсеместных проявлений насилия, нарушений прав человека, стихийных или вызванных деятельностью человека бедствий, и которые не пересекали международно признанных государственных границ» (пункт 2).

Категорию ЛПВС необходимо отличать от других схожих категорий вынужденных мигрантов. ЛПВС находятся в сходном положении с беженцами, однако, их отличие от последних очевидно – ЛПВС являются лицами, которые были вынуждены сменить место проживания в пределах одного государства по причинам, перечень которых не является ограниченным.

Следует отметить, что в некоторых документах встречается понятие «лица, перемещенные за пределы страны» (“externally displaced persons”). Так, согласно пункту 7 уже цитировавшегося Плана действий, принятого на Международной конференции по проблеме центральноамериканских беженцев, под данным термином подразумеваются «лица, которые в результате кризиса не могут обеспечивать себя и вести обычный образ жизни вне зависимости от того, существует ли угроза их существованию, безопасности или свободе в результате конфликта и которые в связи с этим были вынуждены переехать в соседние страны». Таким образом, главной отличительной чертой этой категории лиц является перемещение за пределы родной страны, что является одной из характеристик, присущих категории беженцев. Однако лица, перемещенные за пределы страны, необязательно являются объектом преследования, гонений, насилия, наличия непосредственной опасности. По смыслу рассматриваемого документа данная категория населения четко отделена, несмотря на сходство, от беженцев.

В документах вышерассмотренных конференций часто встречается понятие «перемещенные лица» (“displaced persons”). Этот термин несколько устарел и в современное время используется редко. Традиционно под ним понимаются лица, насильно вывезенные немецкими войсками с оккупированных территорий для работы в Германию в период Второй мировой войны. Однако анализ вышеуказанных документов показывает, что данный термин включает в себя лиц, которые находятся в схожих с беженцами условиях, но не могут быть к ним отнесены.

В законодательстве РФ и международно-правовых актах, принятых в рамках СНГ, был закреплён термин «вынужденный переселенец». Согласно статье 1 Закона РФ «О вынужденных переселенцах» от 19 февраля 1993г. № 4530-1¹⁵ вынужденный переселенец – это гражданин РФ, покинувший место жительства вследствие совершенного в отношении него или членов его семьи насилия или преследования в иных формах либо вследствие реальной опасности подвергнуться преследованию по признаку расовой или национальной принадлежности, вероисповедания, языка, а также по признаку принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, ставших поводами для проведения враждебных кампаний в отношении конкретного лица или группы лиц, массовых нарушений общественного порядка. Вынужденным переселенцем может быть признан гражданин РФ, вынужденный покинуть место жительства на территории иностранного государства и прибывший на территорию РФ; гражданин РФ, вынужденный покинуть место жительства на территории одного субъекта и прибывший на территорию другого субъекта РФ. В данную категорию могут также быть включены и лица, не являющиеся гражданами РФ: иностранный гражданин или лицо без гражданства, постоянно проживающие на законных основаниях на территории РФ и изменившие место жительства в пределах ее территории по вышеуказанным обстоятельствам. Таким образом, данное определение отражает особенности административно-территориального деления страны: перемещение должно осуществляться из одного субъекта федерации в другой. Кроме того, оно включает две категории лиц – возвратившихся в связи с предусмотренными обстоятельствами в Россию из иностранного государства и лиц, перемещенных в пределах территории РФ. Представляется, что последняя категория в определенной части соответствует ЛПВС. Однако следует отметить, что определение, закрепленное в Законе РФ «О вынужденных переселенцах», является достаточно узким, поскольку не содержит широкого перечня причин перемещения. В Руководящих принципах предусмотрен открытый перечень таких причин и закреплены такие причины, как стихийные бедствия, бедствия, вызванные человеком и др.

¹⁵ О вынужденных переселенцах: Закон от 19.02.1993 № 4530-1 // Собрание законодательства РФ. 1995. № 52. – С. 5110.

В статье 2 Соглашения о помощи беженцам и вынужденным переселенцам от 24 сентября 1993 г.¹⁶, предусматривается, что вынужденным переселенцем признается лицо, которое, являясь гражданином Стороны, предоставившей убежище, было вынуждено покинуть место своего постоянного жительства на территории другой Стороны вследствие совершенного в отношении его или членов его семьи насилия или преследования в иных формах, либо реальной опасности подвергнуться преследованию по признаку расовой или национальной принадлежности, вероисповедания, языка, политических убеждений, а также принадлежности к определенной социальной группе в связи с вооруженными и межнациональными конфликтами. Данной статье Соглашения было дано толкование Экономическим судом СНГ, который в одном из своих решений постановил, что в определении содержится четыре критерия, которым должно удовлетворять лицо, чтобы быть признанным в качестве вынужденного переселенца в соответствии с Соглашением в государстве, которое является его участником: лицо должно быть гражданином государства, предоставившего убежище (государства въезда); лицо должно быть вынуждено покинуть место своего постоянного жительства, причем последнее должно находиться на территории другого государства (государства выезда), при этом как государство въезда, так и государство выезда должны быть участниками Соглашения; причиной, по которой лицо вынуждено покинуть государство, должно быть совершенное насилие или преследование в иных формах, либо реальная опасность подвергнуться преследованию. Причем насилие или преследование в иных формах может быть совершенно не только в отношении самого лица, но и против членов его семьи. Определение содержит исчерпывающий перечень признаков, по которым должно совершаться насилие или преследование или должна существовать реальная опасность подвергнуться преследованию: расовая или национальная принадлежность, вероисповедание, язык, политические убеждения, а также принадлежность к определенной социальной группе; должна существовать связь между совершением насилия или преследования или существованием реальной опасности подвергнуться преследованию и вооруженными и межнациональными конфликтами. Для признания лица в качестве вынужденного переселенца

¹⁶Соглашение о помощи беженцам и вынужденным переселенцам: от 24.09.1993 // Российская газета. № 22. 28.01.1995.

в соответствии с Соглашением необходимо и достаточно установить, что оно удовлетворяет всем критериям, содержащимся в определении¹⁷.

Таким образом, согласно Соглашению вынужденный переселенец – это лицо, которое имеет гражданство государства въезда, но проживает на территории другого государства – государства выезда. Данное лицо возвращается в свою страну в связи с предусмотренными в Соглашении причинами. Очевидно, что данное определение отличается от определения, закрепленного в российском законодательстве, которое включает две категории лиц.

В настоящее время на региональном уровне осуществляется разработка различных стандартов и международно-правовых актов, регулирующих правовой статус и защиту ЛПВС. Так, 11 ноября 2010 г., была принята Бразильская декларация о защите беженцев и лиц без гражданства¹⁸, в которой подчеркнута необходимость дальнейшего поиска долгосрочных решений проблем ЛПВС и содержится призыв обмениваться опытом в области оказания помощи ЛПВС и их защиты, полученного при осуществлении Мексиканской декларации и Плана действий, которые признаются важным инструментом сотрудничества государств по оказанию помощи ЛПВС и беженцам. В Декларации было также отмечено, что действующее национальное законодательство государств о беженцах и ЛПВС в государствах континента учитывает особенности, связанные с полом, возрастом, различия в положении данных лиц для того, чтобы оказывать помощь с учетом особых обстоятельств женщинам, мужчинам, детям, пожилым, инвалидам, коренным народам и выходцам из Африки.

Но наибольших успехов в международно-правовом регулировании защиты ЛПВС удалось достичь на африканском континенте. По данным Африканского союза¹⁹, в январе 2009 г. в Африке насчитывалось приблизительно 11,6 миллионов ЛПВС. Основными причинами вынужденного внутреннего перемещения населения в Африке являются вооруженные конфликты, а также природные бедствия и реализация строительных проектов. Именно поэтому государствами данного кон-

¹⁷ Решение Экономического суда СНГ от 11.09.2006 № C-1/14-96. URL: http://www.sudsg.org/database/deed/9_1996.html (дата обращения: 11.01.2011).

¹⁸ On the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas Brasilia: Declaration of 11.11. 2010. URL: <http://www.unhcr.org/4cdd3fac6.html> (accessed: 11.01.2011).

¹⁹ First ever au summit on forced displacement starts Kampala, Uganda 22 October 2009: Press release. URL: http://www.africa-union.org/root/au/index/index_october_2009.htm (accessed: 11.01.2011).

тинента предпринимаются наиболее активные меры по поиску решений проблем данной категории вынужденных мигрантов.

В рамках Международной конференции по району Великих озер в Африке 15 декабря 2006 г. был принят Пакт о безопасности, стабильности и развитии в районе Великих озер²⁰. Статья 12 Пакта предусматривает принятие Протокола по вопросу защиты ЛПВС и оказания им помощи, согласно которому государства, среди прочего, принимают обязательство по имплементации Руководящих принципов по вопросу о перемещении лиц внутри страны 1998 г. в национальное законодательство. В 2006 г. Протокол²¹ был принят, а в 2008 г. вступил в силу. На настоящий момент данный документ является единственным действующим международным договором о ЛПВС. Однако Пакт и Протокол были ратифицированы ограниченным числом стран – 11 государствами – участниками конференции и действует, таким образом, на субрегиональном уровне. В Протоколе предусмотрена достаточно узкая цель – имплементация Руководящих принципов в законодательство государств – участников Протокола. По этим причинам данный договор не может стать основополагающим международным соглашением для защиты ЛПВС в Африке.

Наоборот, Конвенция Африканского союза о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказании им помощи в Африке от 23 октября 2009 года²², если ее ратифицируют все страны – члены Африканского союза, будет распространяться на 53 государства. Таким образом, Конвенция представляет собой международный договор, который будет действовать на региональном уровне. Конвенция состоит из 23 статей. Основные положения Конвенции предусматривают обязательство государств по соблюдению прав ЛПВС без какой-либо дискриминации; определения, включающие определение ЛПВС, соответствующее положениям Руководящих принципов (статья 1); цели (статья 2);

²⁰ On Security, Stability and Development for the Great Lakes: Pact of 15.12.2006. URL: [http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/\(httpInfoFiles\)/60ECE277A8ED A2DDC12572FB002BBDA7/\\$file/Great%20Lakes%20pact_en.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/(httpInfoFiles)/60ECE277A8ED A2DDC12572FB002BBDA7/$file/Great%20Lakes%20pact_en.pdf) (accessed: 11.01.2011).

²¹ On the Protection and Assistance to Internally Displaced Persons: Protocol of 30.11.2006. URL: [http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/\(httpInfoFiles\)/29D287 2A54561F66C12572FB002 BC89A/\\$file/Final%20protocol%20Protection%20IDPs%20-%20En.pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/(httpInfoFiles)/29D287 2A54561F66C12572FB002 BC89A/$file/Final%20protocol%20Protection%20IDPs%20-%20En.pdf) (accessed: 11.01.2011).

²² For the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons: Convention of 23.10.2009. URL: [http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/\(httpInfoFiles\)/0541BB5F1E5A133BC12576 B900547976/\\$file/Convention\(En\).pdf](http://www.internal-displacement.org/8025708F004BE3B1/(httpInfoFiles)/0541BB5F1E5A133BC12576 B900547976/$file/Convention(En).pdf) (accessed: 11.01.2011).

обязательства государств (статьи 3–5, 9–13); обязательства международных организаций и гуманитарных учреждений (статья 6); обязательства вооруженных групп (статья 7); обязательства Африканского союза (статья 8); контрольный механизм (статья 14); заключительные положения (статьи 15–23).

В Конвенции закреплены более широкие цели, чем в предыдущем документе. Цели Конвенции состоят в том, чтобы развить и укрепить региональные и национальные меры для устранения основных причин внутреннего перемещения; создать правовые рамки для предотвращения внутреннего перемещения и для защиты ЛПВС, а также для поиска долгосрочных решений данной проблемы; закрепить обязательства государств, а также вооруженных групп и негосударственных субъектов в отношении внутреннего перемещения и защиты ЛПВС.

Одной из положительных черт Конвенции является достаточно широкий перечень причин внутреннего перемещения, который включает природные бедствия, антропогенные катастрофы, изменение климата, осуществление строительных проектов (проектов в области развития). Следует обратить внимание на тот факт, что в Конвенции не используется понятие «широкомасштабные проекты в области развития», в отличие от Руководящих принципов и Протокола по вопросу защиты ЛПВС и оказания им помощи. Вместо него используется термин «проект». Такая формулировка представляется наиболее удачной, поскольку является более широкой, что упрощает применение Конвенции на практике и ее толкование.

Несомненным достоинством Конвенции является детальное изложение обязательств государств, которые делятся на обязательства общего характера; обязательства, касающиеся защиты от внутреннего перемещения; обязательства, касающиеся защиты и помощи; обязательства, касающиеся защиты в ходе внутреннего перемещения; обязательства в случае внутреннего перемещения в связи с осуществлением проектов; обязательства, касающиеся возвращения, интеграции или переселения ЛПВС; обязательства по выплате компенсации; обязательства по регистрации ЛПВС.

Одним из важнейших положений Конвенции является пункт 5 статьи 4 и пункт 5 статьи 11, закрепляющие обязательства государств по отношению к сообществам, которые находятся в особой зависимости от своих земель и привязаны к ним. Государства должны защищать их от перемещения, в случае если не затрагиваются первостепенные

государственные интересы. Данная формулировка является более мягкой по сравнению, в частности, с Принципом 9 Руководящих принципов и пунктом 1 с) статьи 4 Протокола по вопросу защиты лиц, перемещенных внутри страны 2006 г. о специальной защите таких сообществ. В случае возвращения сообществ занимаемые ими ранее земли должны быть беспрепятственно им возвращены.

Структура Конвенции такова, что основной упор делается не на детальное описание правового статуса ЛПВС, а на четкое формулирование обязательств государств. Это следует отнести к одному из недостатков данного международного соглашения. Однако большинство юристов²³ выделяют другие недостатки Конвенции. Во-первых, речь идет о том, что закрепленное в Конвенции положение о недискриминации является слишком узким и не содержит достаточное количество оснований, по которым запрещается дискриминация. Вместе с тем, в преамбуле Конвенции государства подтверждают свою приверженность принципу защиты прав ЛПВС без дискриминации любого рода. Следует, однако, согласиться с критическими замечаниями, связанными с отсутствием в данном международном договоре положения о том, что ЛПВС пользуются теми же правами, что и другие лица в соответствующем государстве (Принцип 1, пункт 1 Руководящих принципов).

Во-вторых, Конвенция закрепляет обязательства негосударственных субъектов, которые не могут стать ее участниками, в частности, в статье 7. Со своей стороны отметим, что если толковать данную статью с учетом пункта 11 статьи 5 Конвенции²⁴, то можно утверждать, что речь идет скорее об обязательстве государств не допускать указанных в Конвенции нарушений, совершаемых вооруженными группами.

В-третьих, Конвенция не предусматривает учреждения эффективных механизмов контроля в отношении ее применения. Согласно распространенному мнению, Конференция государств – участников Конвенции не может рассматриваться как эффективный контрольный механизм.

Несмотря на вышеуказанные недостатки, Конвенция Африканского союза о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказании

²³ The African Union IDPs Convention: a unique opportunity to strengthen the protection of the internally displaced in Africa. 14.10.2009. URL: <http://www.fidh.org/The-African-Union-IDPs-Convention-a-unique> (accessed: 11.01.2011).

²⁴ Согласно данному пункту государства – участники Конвенции должны обеспечить, чтобы вооруженные группы действовали в соответствии со своими обязательствами, предусмотренными статьей 7.

им помощи в Африке является важным шагом вперед по пути закрепления юридически обязательных норм международного права о ЛПВС на международном уровне.

International Cooperation of States in the Field of Internally Displaced Persons Protection (Summary)

*Dmitri V. Ivanov**

This article outlines history of international legal regulation of internally displaced persons (IDPs) protection; main theoretical aspects of the subject in question and examples of successful regional cooperation in the field of IDPs protection.

Keywords: international law; internally displaced persons (IDPs); internal displacement; forced resettler; forced migration.

* Dmitri V. Ivanov – Ph.D. in Law, professor of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. ilc48@mail.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО

Международное гуманитарное право о запрещенных средствах ведения войны

*Котляров И.И.**

В статье акцентируется внимание на международно-правовых основах, устанавливающих запреты по применению воюющими средств ведения войны, указывается, что в источниках и современной доктрине международного гуманитарного права не дается определения понятия «средства ведения войны», зачастую не проводится различие между «методами» и «средствами» уничтожения противника, что затрудняет квалификацию боевых действий воюющих государств в случае противоправного применения ими сил и средств.

Автор считает, что средства ведения войны различаются по ряду признаков, и предлагает их классификацию в зависимости от критерия правомерности применения; масштабов боевого использования; характерных поражающих факторов воздействия на объекты противника; пространственной сферы, в которой ведутся боевые действия.

Ключевые слова: международное гуманитарное право; запрещенные средства ведения войны; классификация средств ведения войны; правовое регулирование военных действий; воюющие стороны, обычное оружие, оружие массового поражения.

Средствами¹ ведения войны являются оружие и боевая техника, применяемые вооруженными силами противоборствующих сторон

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

¹ Под «средствами» ведения войны понимаются различного рода вооружения, используемые в процессе ведения боевых действий. То есть речь идет о совокупности

для уничтожения живой силы, военных объектов и иных материальных средств противника, подавления его к сопротивлению.

Научно-технический прогресс генерирует создание новых видов оружия и боевой техники, применение которых в период вооруженных конфликтов причиняет тяжкие последствия участникам и жертвам войны.

Выработавшиеся при взаимодействии военной дисциплины, религии и образования обычаи войны, – отмечал профессор Мартенс Ф.Ф., стремятся ограничить средства и способы нанесения вреда неприятелю. При этом ученый ссылаясь на генерал-адъютанта Милютина, который в 1868 г. писал, что «воюющие стороны ни в каком случае не должны допускать более зла, чем сколько нужно для достижения цели. Все страдания и всякий нанесенный ущерб, которые не ослабляют противника, бесполезны и не должны быть допускаемы»². Созванная в 1868 году в С.-Петербурге международная военная конференция, безусловно, утвердила это основное положение права войны и воспретила употребление разрывных пуль. Брюссельская конференция 1874 г. в принятом Проекте международной декларации о законах и обычаях войны сделала значительный шаг вперед и перечислила недозволенные средства нанесения вреда неприятелю. В нем впервые было сформулировано положение том, что «законы войны не признают за воюющими сторонами неограниченной власти в выборе средств нанесения друг другу вреда» (ст. 12)³.

оружия и технических средств, обеспечивающих его применение, которые включают: боеприпасы и средства их доставки к целям; системы прицеливания, пуска, наведения и управления; устройства и приспособления технического и специального обеспечения для подготовки оружия к применению. Эти элементы функционально могут объединяться в комплексы вооружения, системы вооружения для решения определённых боевых задач (например, в артиллерийские комплексы, ракетные комплексы, авиационное вооружение, систему артиллерийского вооружения). См.: Военная энциклопедия. Т. 2. М., 1994. С. 266.

²Мартенс Ф.Ф. Восточная война и Брюссельская конференция. 1874-1878 г. СПб., 1879. С. 405.

³ К запрещенным средствам были отнесены: 1) Употребление яда или отравленного оружия. 2) Вероломное убийство лиц, принадлежащих к составу неприятельской армии. 3) Убийство неприятеля, который, положив оружие или не имея больше возможности защищаться, безусловно, сдается. 4) Объявление о том, что никому не будет дано пощады. 5) Употребление оружия, снарядов и веществ, причиняющих напрасные физические страдания, а также употребление разрывных пуль, запрещенных С.-Петербургскою декларациею 1868 года. 6) Злоупотребление парламентским и национальными флагами, военными знаками или форменной одеждой неприятеля,

Причем, в проекте Брюссельской декларации речь шла «о средствах нанесения вреда неприятелю», которые включали в себя и способы (методы) их использования (п. 2-4, 6, 7). То есть на том уровне развития вооружений и тактики ведения боевых действий не проводилось разграничения между средствами и способами ведения войны.

Профессор М. Догель в конце XIX в. отмечал, что «...средствами ослабить сопротивление врага являются физическая сила, насильственные действия, хитрость и обман»⁴. Понятно, что такие действия воюющих трудно отнести к средствам ведения войны.

В начале XX в. профессор Ф. Лист подчеркивал, что «воюющий вообще имеет право прибегать ко всем средствам, применение которых необходимо, чтобы сломить сопротивление неприятеля. Но и в применении средств, признанных необходимыми, международное право поставило воюющим известные границы, которые, правда, в отдельных частях своих сильно оспариваются». И при этом приводил в пример ст. XXII конвенции (речь идет о Конвенции 1899 г. – *прим. наше – И.К.*), в которой определялось: «воюющие не пользуются неограниченным правом в выборе средств нанесения вреда неприятелю»⁵.

На Первой (1899 г.) и Второй (1907 г.) Конференциях мира отмечалось, что простое перечисление запрещенных средств ведения войны в международно-правовых документах будет недостаточным в силу усиливающегося процесса создания новых видов оружия и принятия их на вооружение армий. При этом государства легко смогут обойти установленные запреты путем применения появляющихся более совершенных систем истребления живой силы и техники неприятеля. Предлагалось разработать и определить критерии запрещенных средств, вступление в противоречие с которыми делало бы противоправным применение любого нового вида оружия.

Однако, как показала практика развития международного гуманитарного права (МГП) в деле ограничения новых средств ведения войны, сделать это было довольно непросто, так как правовое установление

а равно отличительными знаками, установленными Женевской конвенцией. 7) Всякое разрушение и захват собственности неприятеля, не вызванные крайнейю военной необходимостью (ст. 13).

⁴ Догель М. Юридическое положение личности во время сухопутной войны. Комбатанты. Казань, 1894. С. 256.

⁵ См.: Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Перевод с шестого немецкого издания под ред. Грабаря В.Э. Юрьев, 1912. С. 398.

этих запретов значительно запаздывало по сравнению с созданием новых поколений оружия, использованием его поражающих свойств.

Анализ международно-правовых документов, направленных на ограничение применения или запрещение определенных средств ведения войны⁶, показывает, что такого рода запреты и ограничения сводятся к тому, чтобы воюющие государства руководствовались следующими положениями:

- потребности войны должны остановиться перед требованиями человеколюбия;

- государства во время войны должны ставить единственную законную цель, которая заключалась бы в ослаблении военных сил неприятеля;

- для достижения цели в войне достаточно выводить (а не убивать – прим. наше – И.К.) из строя наибольшее, по возможности, число людей;

- использование оружия, которое, причинив ранение, без пользы увеличивает страдания людей, выведенных из строя, или делает смерть неизбежной, противоречит законной цели государств во время войны;

- применения такого (вышеуказанного) оружия противоречит законам человеколюбия.

В науке международного права нет единых подходов к классификации запрещенных средств ведения войны. В основном авторы комментируют содержание договорных документов о запрещенных средствах⁷ и методах ведения войны⁸, указывая лишь на то, что они бывают дозволенные и не дозволенные.

⁶ Преамбула Петербургской декларации 1868 г., ст. XXII Положения о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г., согласно которой «воюющие не пользуются неограниченным правом в выборе средств нанесения вреда неприятелю» (впервые был закреплен принцип ограничения воюющих в выборе методов и средств ведения войны), ст. 35 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям 1949 г. о защите жертв войны («право сторон, находящихся в конфликте, выбирать... средства ведения войны (курсив наш. – И.К.) не является неограниченным»), Второй протокол 1999 г. к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 г., закрепляющем положение о том, что каждая сторона конфликта «принимает все практически возможные меры предосторожности при выборе средств ... нападения, с тем чтобы избежать или свести к минимуму нанесение случайного ущерба культурным ценностям.

⁷ См.: Полторак А.И., Савинский Л.И. Вооруженные конфликты и международное право. М., 1978. С. 307-364.

⁸ См.: Арцибасов И.Н. Международное право (законы и обычаи войны). М., 1975. С. 32-50; Капустин А.Я., Мартыненко Е.В. Международное гуманитарное право. М.,

Правда, в 1979 г. польский юрист М. Багиньска, в своем исследовании, останавливаясь на международно-правовых критериях запрещения применения отдельных видов обычного оружия, делит их на две группы: *критерии обычного права* и *современные договорные критерии* применения оружия в международных отношениях. Основной акцент в исследовании она делает лишь на тех критериях запрещения применения обычного оружия, которые считаются общепризнанными, а именно: критерий запрещения оружия, причиняющего излишние страдания, критерий запрещения применения оружия /и методов/ коварного, вероломного характера и критерий запрещения применения оружия недискриминационного характера⁹.

С такого рода классификацией трудно согласиться в силу того, что она является далеко не полной, если даже учесть время проведения указанного исследования: автор не разделяет методы и средства¹⁰, не разграничивает обычное оружие от оружия массового поражения, что существенно влияет на правовую оценку воюющих в случае применения ими этих средств вооруженной борьбы.

Говоря о применении средств вооруженной борьбы уже после принятия Дополнительных протоколов I, II, профессор И.Н. Арцибасов правильно отмечал, что эта сторона проблемы менее чем другие урегулирована в международно-правовых актах. Так, хотя ч. III Дополнительного протокола I и содержит раздел 1, «Методы и средства ведения войны», нормы этого раздела (ст. 35-47) требуют еще пристального внимания исследователей с учетом развития современных вооружений, с одной стороны, и уровня развития науки международного права – с другой¹¹.

Профессор Мелков Г.М. к средствам ведения войны традиционно относит оружие, боевую технику и иные средства, применяемые для нанесения вреда и поражения противнику, которые многократно

1991. С. 53-55; Овсянников В.Д. Основы международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов. Ярославль, 2000. С. 21-26.

⁹ См.: Багиньска М. Международно-правовые проблемы запрещения или ограничения применения некоторых видов обычного оружия. Автореферат диссертации на соискание учен. степ. канд. юрид. наук. М., 1978. С. 19-20.

¹⁰ К этому времени уже были приняты Дополнительные протоколы 1977 г., причем в Протоколе I (ст. 35) речь идет именно об ограничении «методов и средств» ведения войны.

¹¹ См.: Арцибасов И.Н., Егоров. Вооруженный конфликт: право, политика, дипломатия. М., 1989. С. 83.

усиливают страдания людей, причиняют излишние повреждения и делают смерть неизбежной¹².

Профессор Оппенгейм, отмечал, что за исключением средств, применение которых специально запрещено договорами или обычаями, все другие средства лишения жизни или ранения комбатантов, которые существуют в настоящее время или могут быть изобретены в будущем, являются законными¹³. Однако с этим весьма спорным утверждением трудно согласиться. Дело в том, что научно-технический прогресс значительно опережает развитие МГП, однако это вовсе не означает, что отсутствуют общепризнанные критерии по ограничению и запрещению вновь созданных или создаваемых методов и средств ведения войны, с которыми должны соотноситься свои действия воюющие стороны. Если в конце XIX начале XX вв. государства в таких случаях могли ориентироваться на «оговорку Мартенса», на преамбулу Петербургской декларации об отмене взрывчатых и зажигательных пуль 1868 г., определяющую единственную цель государств в войне – ослабление военных сил неприятеля, а также технические границы, «в которых потребности войны должны остановиться перед требованием человеколюбия»¹⁴, а также Гаагское положение о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г., то в современном МГП существуют нормы, которые как раз и учитывают такого рода ситуации и устанавливают определенные критерии для оценки правомерности того или иного нового метода или средства ведения боевых действий. Речь идет, прежде всего, о ст. 36 Дополнительного протокола I, озаглавленной «Новые виды оружия».

Профессор Э. Давид средства ведения войны подразделяет на два вида:

а) Виды оружия, запрещение которых обусловлено характером их действия:

– оружие, делающее смерть неизбежной (Санкт-Петербургская декларация 1868 г.);

– оружие, наносящее чрезмерные повреждения (Санкт-Петербургская декларация об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль 1868 г., ст. XXIII (д) Положения о законах и обычаях сухопутной

¹² См.: Мелков Г.М. Международное право в период вооруженных конфликтов. М., 1988. С. 29-31.

¹³ Оппенгейм Л. Международное право. Т. II. п/т I. М., 1949. С. 346.

¹⁴ Арцибасов И.Н. Международное право (законы и обычаи войны). Указ. соч. С. 89.

войны, Дополнительный протокол I (ст. 35. п. 2), Протокол II (п. 2 ст. 6) к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие 1980 г., а также Протокол II с поправками от 1996 г. (ст. 3 п. 3).

– оружие неизбирательного действия (биологическое оружие, газы, мины, в том числе плавающие, мины-ловушки, яды, зажигательное оружие).

б) Запрещенные конкретные виды оружия: 1) снаряды весом менее 400 граммов, имеющие свойство взрывчатости или снаряженные ударным или горючим составом (Санкт-Петербургская декларация 1868 г.); 2) пули дум-дум (Декларация о неупотреблении легко разворачивающихся или сплюсцивающихся пуль 1899 г.); 3) удушливые, отравляющие и прочие подобные газы, а также иное химическое оружие (Женевский протокол 1925 г., Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении 1993 г.); 4) яды и отравленное оружие (Положение о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г. (ст. XXIII (а)); 5) подводные мины и торпеды (VIII Гагская конвенция о постановке подводных, автоматически взрывающихся от соприкосновения мин); 6) огнеметы (точнее говорить о запрещении зажигательного оружия против гражданского населения по Конвенции о запрещении или ограничении конкретных видов оружия 1980 г. – прим. наше – И.К.) и др.¹⁵ Всего к запрещенным конкретным видам оружия автор относит 14 наименований, включая ядерное оружие (с оговорками), и говорит о новых видах оружия (ст. 36 Дополнительного протокола I)¹⁶.

Сложность и неточность такого рода классификации средств ведения войны, на наш взгляд, заключается в том, что она включает в запрещенные виды оружия как обычное, так и оружие массового поражения, коренным образом отличающиеся друг от друга не только техническими характеристиками (поражающими факторами), но и наступающими вредными последствиями его применения, чем нивелируется

¹⁵ Например, бактериологическое оружие; ядерное оружие; боеприпасы, осколки которых не могут быть обнаружены в человеческом теле при помощи рентгеновских лучей; наземные мины и мины ловушки; зажигательное оружие; лазерное оружие; боеприпасы малого калибра; новые виды оружия. См.: Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. Курс лекций юридического факультета Открытого Брюссельского университета. МККК. М., 2000. С. 233-287.

¹⁶ Там же. С. 233-287.

разноуровневая правовая оценка деятельности государств, ответственности их должностных лиц, по приказу которых могут быть нарушены нормы МГП.

Ввиду того, что на сегодняшний день в международно-правовых актах и доктрине международного права не принято какой-либо оптимальной систематизации международно-правовых документов о существующих средствах ведения войны в зависимости от их технических возможностей, поражающего действия и как следствие – возможного причинения ими вреда воюющими, нами предпринята попытка дать классификацию таких средств ведения войны, что было бы хорошим подспорьем в проведении различия между ними и вносило бы ясность в деле имплементации норм МГП в национальное законодательство, а также квалификацию действий воюющих сторон в случае применения запрещенного оружия.

1. Общим основанием для деления существующих ныне средств ведения войны (также как и для методов) является *критерий правомерности*, с учетом которого они подразделяются на: а) запрещенные (недозволенные) и б) не запрещенные (дозволенные).

Выделим запрещенные средства ведения войны, которые, на наш взгляд, можно было бы классифицировать следующим образом в зависимости от:

2. *Масштабов боевого применения и характерных поражающих факторов воздействия на живую силу, боевую технику и объекты противника* на:

- а) обычное оружие и
- б) оружие массового поражения (уничтожения).

3. *Физического и психологического воздействия на живую силу противника* на:

– причиняющие излишние страдания и вызывающие чрезмерные повреждения.

4. *Технических возможностей поражения конкретного объекта* на:

- а) оружие неизбирательного действия и
- б) высокоточное оружие).

5. *Пространственной сферы применения* на средства, применяемые в: сухопутной, морской, воздушной войнах.

Приведем названия запрещенных средств ведения войны и международно-правовые акты, в которых они нашли юридическое закрепление, в соответствии с приведенной классификацией.

2 а). В международном общем и гуманитарном праве не содержится определения «обычное оружие». В разных литературных источниках к нему относят традиционные виды оружия, боевое применение которых не приводит непосредственно к массовым потерям и разрушениям. К обычному оружию относится огнестрельное, реактивное, ракетное, бомбардировочное, торпедное и зажигательное оружие, инженерные и морские мины и др. виды оружия, средства поражения которых снаряжаются бризантными взрывчатыми или горючими веществами либо не имеют снаряжения (сплошные бронебойные снаряды, обыкновенные пули). К этому виду оружия относится также метательное и холодное оружие¹⁷.

В соответствии с действующими нормами современного МГП к запрещенным видам обычного оружия можно отнести:

– снаряды весом менее 400 г., имеющие свойство взрывчатости или снаряженные ударным или горючим составом (Петербургская декларация об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль 1868 г.);

– пули, легко разворачивающиеся или сплюсцивающиеся в человеческом теле (Гаагская декларация 1899 г.);

– противопехотные лазеры (Протокол об ослепляющем лазерном оружии (Протокол IV) 1995 г.¹⁸ к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие 1980 г.¹⁹);

– противопехотные мины (Конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении 1997 г.²⁰);

¹⁷ См.: Безопасность Евразии. 2003. Энциклопедический словарь-ежегодник. Руководитель проекта Кузнецов В.Н. М., 2004. С. 372.

¹⁸ В соответствии с этим Протоколом запрещается применять лазерное оружие с целью причинения постоянной слепоты органам зрения человека, не использующего оптические приборы, т.е. незащищенным органам зрения или органам зрения, имеющим приспособления для корректировки зрения. При применении лазерных систем государства-участники Протокола должны принимать все возможные меры предосторожности для того, чтобы избегать случаев причинения постоянной слепоты органам зрения людей, не использующих оптические приборы. Doc. CCW/CONF. 1/7, 12 Oct. 1995 г. Вступил в силу 30 июля 1998 г.

¹⁹ Международное гуманитарное право в документах. Составители Колосов Ю.М. и Котляров И.И. М., 1996. С. 456-471.

²⁰ Государства-участники взяли обязательства никогда и ни при каких обстоятельствах: а) не применять противопехотные мины; б) не разрабатывать, не производить,

– кассетные боеприпасы (Конвенция по кассетным боеприпасам 2008 г.)²¹;

– мины, мины-ловушки или другие устройства, специально спроектированные для срабатывания от излучения миноискателя или иного неконтактного влияния в ходе поиска по их обнаружению (Протокол о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств с поправками, внесенными 3 мая 1996 г. (Протокол II с поправками от 3 мая 1996 г.)²²) к Конвенции о запрещении или

не приобретать иным образом, не накапливать, не сохранять и не передавать никому прямо или косвенно противопехотные мины; в) не помогать, не поощрять и не побуждать иным образом кого бы то ни было к осуществлению деятельности, запрещенной для государств-участников согласно этой Конвенции. Более того, государства должны уничтожить все противопехотные мины или обеспечить их уничтожение в соответствии с положениями принятого документа (ст. 1 Конвенции).

²¹ Каждое государство-участник в соответствии с п. 1 ст. 1 Конвенции взяло обязательства никогда и ни при каких обстоятельствах: не применять кассетные боеприпасы; не разрабатывать, не производить, не приобретать иным образом, не накапливать, не сохранять и не передавать никому, прямо или опосредованно, кассетные боеприпасы; не помогать, не поощрять и не побуждать кого бы то ни было к осуществлению деятельности, запрещенной для государства-участника согласно настоящей Конвенции. Причем п. 1 названной статьи применяется *mutatis mutandis* к разрывным малокалиберным бомбам, которые специально предназначены для разбрасывания или высвобождения из кассетных устройств, прикрепленных к летательному аппарату (п. 2 ст. 1). Указанная Конвенция не применяется к минам. См. Российский ежегодник международного права. 2008. Спецвыпуск. СПб., 2009. С. 268-289.

²² Протокол II с поправками от 3 мая 1996 г. принципиально отличается от ранее принятого Протокола и по форме, и по содержанию. Сфера действия Протокола II в новой редакции расширена включением положения о том, что он распространяется на внутренние вооруженные конфликты. Но он не применяется к таким случаям нарушения внутреннего порядка и возникновения обстановки внутренней напряженности, как беспорядок, отдельные и спорадические акты насилия и иные акты аналогичного характера, поскольку таковые не являются вооруженными конфликтами. Новым моментом, зафиксированным в ст. 3 Протокола с поправками, является положение, согласно которому государства (стороны в конфликте) несут ответственность за установление всех мин, мин-ловушек и других устройств, которые они применяют. После прекращения активных военных действий они должны производить разминирование, ликвидацию и уничтожение минных полей, минных районов, мин, мин-ловушек и других устройств или содержать их при соблюдении требований, обусловленных документом. О любой установке дистанционно устанавливаемых мин, которые могут представлять опасность для гражданского населения, производится эффективное заблаговременное оповещение (ст. 6). Существенно новыми в Протоколе с поправками являются положения, касающиеся запрета на передачу мин. В целях обеспечения соблюдения Протокола с поправками государства должны предпринимать любые меры, включая законодательные, для предотвращения и пресечения его нарушений. Такими мерами

ограничении применения конкретных видов обычного оружия 1980 г.) и др.²³

2 б). *Оружие массового поражения* включает виды оружия, способные при ограниченном привлечении сил и средств вызвать массовые потери и разрушения вплоть до необратимых изменений свойств окружающей среды. Основные отличительные особенности оружия массового поражения: многофакторность поражающего действия; наличие поражающих факторов длительного действия и их распространение за пределы объекта поражения; длительный психотравматический эффект; тяжелые генетические и экологические последствия; сложность защиты войск и населения и ликвидации последствий его применения. К этому виду оружия относятся: *ядерное, химическое, биологическое оружие, а также средства воздействия на природную среду в военных или иных враждебных целях*. Возможно появление и др. видов оружия массового поражения, основанных на иных принципах

являются установление уголовных санкций для лиц, которые в процессе вооруженного конфликта умышленно причиняют смерть или серьезные увечья гражданам, и предание таких лиц суду. Подразделения вооруженных сил должны быть снабжены соответствующими инструкциями, устанавливающими необходимые процедурные требования, к подготовке личного состава согласно Протоколу с поправками.

²³ Любые самодеактивирующиеся мины, оснащенные элементом неизвлекаемости, который может функционировать после приведения самой мины в неработоспособное состояние; противопехотные мины, которые не обнаруживаются с помощью общедоступных миноискателей; мины-ловушки, и другие устройства, которые каким-либо образом соединены или ассоциируются с: международно признанными защитными эмблемами, знаками или сигналами; больными, ранеными или мертвыми; местами захоронения или кремации либо могилами; медицинскими объектами, оборудованием, имуществом или санитарным транспортом; детскими игрушками или другими переносными предметами или продуктами, специально предназначенными для детей; продуктами питания или напитками; кухонной утварью и принадлежностями (за исключением находящихся в воинских частях или на военных складах); предметами явно религиозного характера; историческими памятниками, произведениями искусства или местами отравления культа; животными или их трупами; дистанционно устанавливаемые мины, не соответствующие техническим требованиям и др. (Протокол II с поправками от 3 мая 1996 г. к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия 1980 г.); зажигательное оружие против гражданского населения, отдельных гражданских лиц или гражданских объектов, лесов или других видов растительного покрова, а также против военных объектов, расположенных в районе сосредоточения гражданского населения (Протокол III к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия 1980 г.).

действия, но по своей эффективности не уступающих традиционным видам оружия массового поражения²⁴.

К запрещенным видам оружия массового поражения относятся:

– снаряды, имеющие единственное назначение распространять удушающие или вредоносные газы (Гаагская декларация 1899 г.);

– яды или отравленное оружие (ст. XXIII п. «а» Положения о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г.);

– удушливые, ядовитые или другие подобные газы и бактериологические средства (Женевский протокол 1925 г.);

– химические, бактериологические и биологические агенты, включая слезоточивые газы и др. агенты (Женевский протокол 1925 г.);

– бактериологическое (биологическое) и токсинное оружие (Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении 1972 г.)²⁵;

– средства воздействия на природную среду в военных или иных враждебных целях, которые имеют широкие, долгосрочные или серьезные последствия в качестве способов разрушения, нанесения ущерба или причинения вреда (ст. 35 п. 2, ст. 55 Дополнительного протокола I 1977 г.; Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду 1977 г.);

– химическое оружие (Конвенции о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия²⁶ и о его уничтожении 1993 г.);

Говоря о химическом оружии, следует подчеркнуть, что Женевский протокол 1925 г. не запрещает его участникам проводить исследования,

²⁴ См.: Безопасность Евразии. 2003. Энциклопедический словарь-ежегодник. Указ. соч. С. 371.

²⁵ Под бактериологическим оружием понимается такое оружие, действие которого основано на использовании болезнетворных свойств микроорганизмов, способных вызывать массовые заболевания людей, животных и растительного мира.

²⁶ Понятием «химическое оружие» охватываются: токсичные химикаты и их прекурсоры за исключением тех случаев, когда они предназначены для целей, не запрещаемых Конвенцией, при том условии, что виды и количества соответствуют таким целям; боеприпасы и устройства, специально предназначенные для смертельного поражения или причинения иного вреда за счет токсичных свойств указанных выше токсичных химикатов, высвобождаемых в результате применения таких боеприпасов и устройств; любое оборудование, специально предназначенное для использования непосредственно в связи с применением вышеназванных боеприпасов и устройств.

разработку, производство и накопление химического оружия. Вот почему актуальным явилось заключение государствами Конвенции о полном запрещении химического оружия (вступила в силу 29 апреля 1997 г.)

3. К средствам, причиняющим излишние страдания и вызывающим чрезмерные повреждения, относятся:

– взрывчатые и зажигательные пули (Санкт-Петербургская декларация об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль 1868 г.);

– оружие, снаряды или вещества, способные причинить излишние повреждения или страдания (ст. XXIII (д) Положения о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г., Дополнительный протокол I 1977 г. (ст. 35. п. 2); мины, мины-ловушки и другие устройства (Протокол о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств с поправками, внесенными 3 мая 1996 г. (ст. 3 п. 3) к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие 1980 г.).

4а). *Оружие неизбирательного действия.* В существующей классификации вооружений не значится оружия неизбирательного действия²⁷. Однако многие авторы чаще всего к неизбирательному оружию относят: химическое, бактериологическое, биологическое, зажигательное, а также военное или иное враждебное использование средств на природную среду, которые имеют широкие, долгосрочные или серьезные последствия в качестве способов разрушения, нанесения ущерба или причинения вреда любому государству и др. Фактически любой вид оружия может быть применен воюющими неизбирательно или вслепую.

Как правильно отмечает Э. Давид на самом деле избирательность того или иного вида оружия в меньшей степени зависит от его технических характеристик, чем от воли того, кто его применяет: самолеты-снаряды У-1 и У-2 были очень неточным оружием, но Гитлер и Геринг и не хотели, чтобы они поражали только военные объекты. Современные ракеты и электронные средства наведения обеспечивают хирургическую точность поражения, и все же: во время ирано-иракского

²⁷ Современное оружие делят на оружие массового поражения (ядерное, химическое, бактериологическое), огнестрельное (артиллерийское, стрелковое и др.), минное, холодное и др. См.: Безопасность Евразии. Энциклопедический словарь-ежегодник. Указ. соч. С. 371.

конфликта имели место обстрелы Багдада иранскими ракетами, которые производились практически вслепую, и столь же неизбирательно²⁸.

В МГП не существует определения понятия «оружие неизбирательного действия». Однако нормы МГП запрещают осуществлять атаки, нападения неизбирательного характера²⁹.

4б). Высокоточное оружие (боеприпасы точного прицеливания), управляемое оружие (снаряды, ракеты бомбы), эффективность которого достигается главным образом за счет точного попадания в цель. Термин появился в 70-х гг. XX в. применительно к оружию с вероятностью прямого попадания в цель не менее 0,5 м на любой дальности стрельбы (пуска) в пределах зоны досягаемости. Современное высокоточное оружие (ВТО) оценивается круговым вероятным отклонением в пределах 1-5 м³⁰.

Однако, несмотря на высокую точность поражения цели, к запрещенным следует, на наш взгляд, все же относить те разновидности ВТО, в которых используются химические, газовые или биологические компоненты, применение которых противоречит МГП.

5. В зависимости *от пространственной сферы применения* все средства ведения войны, квалифицируемые как *запрещенные* для сухопутной войны, распространяются и на *воздушную*, и на *морскую* войну с учетом некоторых особенностей³¹ и возникающих проблем.

²⁸ См.: Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. Указ. соч. С. 246-247.

²⁹ К ним относятся: нападения, которые не направлены на конкретные военные объекты; нападения, при которых применяются методы или средства ведения военных действий, которые не могут быть направлены на конкретные военные объекты; нападения, при которых применяются методы или средства ведения военных действий, последствия которых не могут быть ограничены, как это требуется в соответствии с Протоколом I, и которые, таким образом, в каждом таком случае поражают военные объекты и гражданских лиц или гражданские объекты без различия; нападение путем бомбардировки любыми методами или средствами, при котором в качестве единого военного объекта рассматривается ряд явно отстоящих друг от друга и различных военных объектов, расположенных в городе, в деревне или другом районе, где сосредоточены гражданские лица или гражданские объекты; нападение, которое, как можно ожидать, попутно повлечет за собой потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам или то и другое вместе, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить (ст. 51 пп. 4, 5 Дополнительного протокола I).

³⁰ См.: Безопасность Евразии. 2003. Энциклопедический словарь-ежегодник. С. 371.

³¹ В процессе ведения морской войны запрещаются следующие средства: автоматически взрывающиеся от соприкосновения мины, поставленные незакрепленными на якорях,

Так, например, спорным является вопрос о постановке мин в открытом море. Ряд юристов Запада считают правомерной постановку мин в открытом море, поскольку это не запрещено Гаагской конвенцией. Действительно, вопрос о постановке мин не урегулирован в международно-правовых актах. Однако такие постановки, на наш взгляд, будут правомерными, если они не представляют угрозу для торговых судов нейтральных и невоюющих стран и полностью отвечают требованиям названной конвенции.

Международная практика выработала норму, согласно которой «каждая сторона, находящаяся в конфликте, должна принимать все возможные меры предосторожности при выборе средств и методов ведения войны, чтобы избежать случайных потерь среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и случайного ущерба гражданским объектам или, во всяком случае, свести их к минимуму» (норма 17)³².

Причем, практика государств устанавливает эту норму в качестве нормы обычного международного права, применяемой во время международных и немеждународных вооруженных конфликтов.

Это обязательство вошло во многие военные уставы и наставления³³. Оно также подкреплено официальными заявлениями и отражено в отчетах практикой, в том числе практикой государств, не являющихся или не являвшихся на соответствующий момент участниками Дополнительного протокола I. Когда МККК обратился к сторонам в конфликте на Ближнем Востоке в октябре 1973 г., т.е. до принятия Дополнительного протокола I, с просьбой принимать все возможные

за исключением тех, которые строятся так, что делаются безопасными спустя один час после того, как над ними будет утрачен контроль (ст. 1 п. 1 Конвенции о постановке подводных, автоматически взрывающихся от соприкосновения мин 1907 г.); закрепленные на якорях автоматически взрывающиеся от соприкосновения мины, которые не делаются безопасными, как только они сорвутся со своих минрепов (ст. 1 п. 2 Конвенции о постановке подводных, автоматически взрывающихся от соприкосновения мин 1907 г.);самодвижущиеся мины, которые, не попав в цель, не делаются безопасными (ст. 1 п. 3 Конвенции о постановке подводных, автоматически взрывающихся от соприкосновения мин 1907 г.); автоматически взрывающиеся от соприкосновения мины, поставленные у берегов и портов противника с единственной целью прерывать торговое мореплавание (ст. 2 Конвенция о постановке подводных, автоматически взрывающихся от соприкосновения мин 1907 г.)

³² Хенкертс Ж.-М. и Досвальд-Бек Л. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. Том I. МККК. Женева, 2006. С. 72-73.

³³ Например, в военные уставы и наставления Австралии, Великобритании, Венгрии, Германии, Израила, Испании, Канады, Югославии и др. государств. См. там же. С. 73.

меры предосторожности при выборе средств и методов ведения войны, соответствующие государства (Египет, Израиль, Ирак и Сирия) согласились это сделать³⁴. Хотя в Дополнительном протоколе II не упоминается прямо об обязательстве принимать все возможные меры предосторожности при выборе средств и методов ведения войны, оно включено в более позднее договорное право, применимое во время немеждународных вооружённых конфликтов, а именно во Второй протокол к Гаагской конвенции о защите культурных ценностей (ст. 7)³⁵. Кроме того, эта норма содержится и в других документах, касающихся немеждународных вооружённых конфликтов³⁶, а также вошла в военные уставы и наставления, которые применимы или применялись во время немеждународных вооружённых конфликтов (например, в военные уставы и наставления Бенина, Германии, Италии, Мадагаскара, Того, Хорватии, Филиппин, Эквадора и Югославии и других государств).

Решения международного уголовного трибунала по бывшей Югославии и Европейского суда по правам человека также свидетельствуют о том, что эта норма является обычной как в международных, так и в немеждународных вооружённых конфликтах³⁷.

Таким образом, на пороге XXI в. государствами были предприняты значительные усилия в деле ограничения и запрещения применения воюющими государствами новых антигуманных средств ведения войны, что является весьма важным вкладом в прогрессивное развитие международного гуманитарного права.

Более того, с формально-правовой точки зрения статьей 8 Римского статута МУС применение ряда средств ведения войны признается международным преступлением:

- яда или отравленного оружия (п. 2 b x v i i);
- удушающих, ядовитых или других газов и любых аналогичных жидкостей, материалов или средств (п. 2 b x v i i i);

³⁴ См.: ICRC. The International Committee's Action in the Middle East (§ 263). Цит. по: Хенкерте Ж.-М. и Досвальд-Бек Л. Обычное международное гуманитарное право. Указ соч. С. 73.

³⁵ См. текст: Российский Ежегодник международного права // 2004. Специальный выпуск. СПб., 2005. С. 191.

³⁶ Руководство Сан-Ремо по международному праву, применимому к вооруженным конфликтам на море (п. 46) См.: Международное право ведения военных действий. Сборник гаагских конвенций и иных соглашений. М., 1999. С. 156.

³⁷ См.: Хенкерте Ж.-М. и Досвальд-Бек Л. Обычное международное гуманитарное право. Указ соч. С. 72-74.

– пуль, которые легко разрываются или сплющиваются в теле человека, таких как оболочечные пули, твердая оболочка которых не покрывает всего сердечника или имеет надрезы (п. 2 b хix).

Что касается применения оружия, боеприпасов и техники, а также методов ведения войны, которые вызывают чрезмерные повреждения или ненужные страдания или которые являются неизбирательными по своей сути в нарушение норм международного гуманитарного права при условии, что такое оружие, такие боеприпасы, такая техника и такие методы ведения войны являются предметом всеобъемлющего запрещения и включены в приложение к настоящему Статуту, то такие действия признаются военными преступлениями (ст. 8 п. 2 b (xx) Римского статута)³⁸.

Библиографический список.

Арцибасов И.Н. Международное право (законы и обычаи войны). М., 1975.

Арцибасов И.Н., Егоров. Вооруженный конфликт: право, политика, дипломатия. М., 1989.

Багиньска М. Международно-правовые проблемы запрещения или ограничения применения некоторых видов обычного оружия. Автореферат диссертации на соискание учен. степ. канд. юрид. наук. М., 1978.

Безопасность Евразии. 2003. Энциклопедический словарь-ежегодник. Руководитель проекта Кузнецов В.Н. М., 2004.

Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. М.: МККК, 2000.

Догель М. Юридическое положение личности во время сухопутной войны. Комбатанты. Казань, 1894.

Кальсховен. Ограничения методов и средств ведения войны. М., 1994.

Капустин А.Я., Мартыненко Е.В. Международное гуманитарное право. М., 1991.

Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Перевод с шестого немецкого издания под ред. Грабаря В.Э. Юрьев, 1912.

Мартенс Ф.Ф. Восточная война и Брюссельская конференция. 1874-1878 г. СПб., 1879.

³⁸ После внесения поправки согласно соответствующему положению, изложенному в статьях 121 и 123 Римского статута.

Мелков Г.М. Международное право в период вооруженных конфликтов. М., 1988.

Международное гуманитарное право в документах. Составители Колосов Ю.М. и Котляров И.И. М., 1996.

Овсянников В.Д. Основы международного гуманитарного права, применяемого в период вооруженных конфликтов. Ярославль, 2000.

Оппенгейм Л. Международное право. Т. II. п/т I. М., 1949.

Полторац А.И., Савинский Л.И. Вооруженные конфликты и международное право. М., 1978.

Хенкертс Ж.-М. и Досвальд-Бек Л. Обычное международное гуманитарное право. Нормы. Том I. МККК. Женева, 2006.

International Humanitarian Law on Prohibited Means of Warfare (Summary)

*Ivan I. Kotlyarov**

The article addresses the issue of international legal grounds of prohibiting usage of certain methods and means of warfare by belligerent parties. The sources and modern doctrine of Humanitarian law have not defined the notion of the “means of warfare”, often there is no distinction between the “methods” and “means”, which hampers classification of war conduct by the conflict parties in case of illegal implication of force and means.

The author holds that means of warfare can be distinguished on a number of features and suggests classifying them depending on the criteria of lawfulness of their utilization, scale of usage, typical affecting factors, and spatial sphere of war conduct.

Ключевые слова: International Humanitarian Law; prohibited means of war conduct; classification of methods and means of warfare; legal regulation of armed conflicts; belligerents; conventional weapons; weapons of mass destruction.

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

ПРАВО МЕЖДУНАРОДНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Деятельность Комитета Совета Безопасности ООН по предотвращению распространения оружия массового уничтожения

*Войтова Т.Н.**

Статья посвящена обзору деятельности Комитета 1540 Совета Безопасности ООН, осуществляющего контроль над выполнением положений нормативной резолюции 1540 (2004), направленной на предотвращение попадания оружия массового уничтожения в руки негосударственных субъектов. В статье дается характеристика структуры Комитета 1540 и основных направлений его деятельности, в числе которых: рассмотрение мер, предпринятых государствами – членами ООН, организация эффективной просветительской деятельности, сотрудничество с другими вспомогательными органами Совета Безопасности, международными, региональными и субрегиональными организациями, разработка новых средств оказания помощи государствам и обеспечения транспарентности. Особое внимание уделяется анализу общих тенденций осуществления государствами-членами резолюции 1540 (2004), а также определению главных приоритетов будущей работы Комитета 1540.

Ключевые слова: Совет Безопасности ООН; нормативная резолюция; нераспространение оружия массового уничтожения; Комитет 1540.

* Войтова Татьяна Николаевна – аспирант Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина. t_vojtova@mail.ru.

23 сентября 2003 г. Генеральный Секретарь ООН, выступая на заседании Генеральной Ассамблеи, еще раз акцентировал внимание государств на существовании новых угроз, требующих принятия мер, а также старых угроз в новых и опасных сочетаниях. Речь идет о новых формах терроризма и распространении оружия массового уничтожения. Эти угрозы являются реальными и их нельзя игнорировать; с проявлениями терроризма сталкиваются как богатые страны, так и жители Бали, Бомбея, Найроби; оружие массового уничтожения угрожает не только западным или северным странам, но и жителям Ирана и Ирака. Генеральный Секретарь отметил, что государства должны выбрать путь устранения этих угроз: либо посредством выработанных договоренностей, либо с помощью коренных перемен, учитывая при этом вопросы адекватности и эффективности имеющихся правил и инструментов, среди которых наиболее важным является Совет Безопасности ООН¹.

Президент США Дж. Буш, выступая на том же заседании, среди задач, которые предстоит решить в кратчайшие сроки, также назвал распространение оружия массового уничтожения. Беспрецедентная опасность данной проблемы связана с тем, что стоящие вне закона режимы, обладающие ядерным, химическим и биологическим оружием и средствами их доставки, могут шантажировать целые регионы. Эти виды оружия могут быть использованы террористами. Сочетание режимов-изгоев, террористических сетей и оружия массового уничтожения, по его словам, – это та угроза, которую нельзя игнорировать и от которой нельзя отмахиваться. Дж. Буш призвал к принятию новой резолюции по вопросу нераспространения, в которой следует призывать все государства – члены ООН квалифицировать как преступление распространение оружия массового уничтожения, ввести строгие меры контроля за экспортом в соответствии с международными стандартами и обеспечить сохранность всех стратегических материалов в пределах своих собственных границ².

Понимание того, что опасное сочетание терроризма и оружия массового уничтожения требует разработки новых правовых средств в дополнение к имеющимся в распоряжении международного сообщества, а также более тесного сотрудничества в области экспортного контроля именно на международном уровне, привело к принятию Советом

¹ UN Doc.: A/58/PV.7 (2003). С. 2-4.

² UN Doc.: A/58/PV.7 (2003). С. 13.

Безопасности 28 апреля 2004 г. резолюции 1540³, носящей нормативный характер⁴, которая стала как нельзя более своевременной.

Действуя на основании главы VII Устава, Совет Безопасности подтвердил, что распространение ядерного, химического и биологического оружия, а также средств его доставки представляет угрозу для международного мира и безопасности.

В целях борьбы с распространением оружия массового уничтожения и предотвращения его попадания в руки негосударственных субъектов, Совет Безопасности установил для государств ряд обязательств: воздерживаться от оказания в любой форме поддержки негосударственным субъектам, которые пытаются разрабатывать, приобретать, производить, обладать, перевозить, передавать или применять ядерное, химическое или биологическое оружие и средства его доставки (п. 1 резолюции); принять и эффективно применять законодательство, запрещающее любому негосударственному субъекту осуществлять перечисленные действия, в особенности в террористических целях (п. 2 резолюции); разработать и применять меры учета и сохранности, меры физической защиты оружия массового уничтожения, меры пограничного контроля и правоприменительные меры, меры контроля за экспортом и трансграничным перемещением оружия массового уничтожения (п. 3 резолюции).

Таким образом, основной целью Совета Безопасности при принятии резолюции 1540 (2004) стала необходимость воспрепятствования террористам и негосударственным субъектам в приобретении оружия массового уничтожения. Текст резолюции является результатом консенсуса, который был достигнут после неоднократного обсуждения проекта, предложенного пятью постоянными членами Совета Безопасности. Основные положения резолюции призваны поставить вне закона распространение оружия массового уничтожения, обеспечить наличие во всех государствах эффективных механизмов контроля над экспортом и гарантировать безопасное хранение ядерных материалов в пределах национальных границ.

В качестве вспомогательного органа на двухгодичный период был учрежден комитет Совета Безопасности (Комитет 1540) в составе

³ UN Doc. S/RES/1540 (2004).

⁴ См.: L. Martinez. The Legislative Role of the Security Council in Its Fight Against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits//International and Comparative Law Quarterly. Vol. 57, 2008. P. 333-359; S. Talmon. The Security Council as World Legislature//American Journal of International Law. Vol. 99, 2005. P. 175-193.

всех его членов для контроля за осуществлением положений резолюции 1540 (2004). Государства-члены должны были представить Комитету не позднее чем через шесть месяцев с момента принятия резолюции 1540 первый доклад о шагах, которые они предприняли или предполагают предпринять для выполнения этой резолюции.

Комитет 1540 приступил к работе 11 июня 2004 г. В целях эффективной организации повседневной деятельности было образовано три подкомитета, между которыми была распределена нагрузка по рассмотрению докладов, представляемых государствами-членами во исполнение п. 4 резолюции 1540 Совета Безопасности, причем за каждым подкомитетом было закреплено равное число государств, распределенных по алфавиту. Каждый подкомитет возглавляется одним из заместителей Председателя.

В самом начале своей деятельности Комитетом 1540 были разработаны и распространены среди государств-членов для их информации и сведения необходимые первоначальные документы, в том числе руководящие принципы ведения работы Комитета 1540, руководящие принципы представления национальных докладов; руководящие принципы в отношении найма экспертов. Деятельность Комитета 1540 осуществляется на основании периодически обновляемых программ работы.

Основными направлениями деятельности Комитета 1540 являются:

1. Рассмотрение национальных докладов государств-членов и изучение информации о ходе осуществления резолюции 1540 (2004).

В этих целях при поддержке экспертов Комитет 1540 разработал:

1) сводную таблицу, структура которой соответствует схеме расположения пунктов постановляющей части резолюции 1540 (2004). Для каждой обязанности, изложенной в пп. 2 и 3, в сводной таблице предусмотрены параллельные колонки, касающиеся национальной правовой основы и правоприменительных мер в отношении биологического, химического и ядерного оружия и средств их доставки. С помощью таблицы Комитет также выявляет пробелы или недостатки информации применительно к каждому виду оружия, средствам его доставки и относящимся к ним материалам;

2) базу данных по законодательству, содержащую ссылки на оригиналы текстов законов, ордонансов, декретов, нормативных положений и решений, касающихся действий, о которых говорится в резолюции, и которую государства должны использовать в информационных целях;

3) список примеров, которые государства могут применять для выполнения резолюции 1540. В их числе: проекты типового законодательства для запрещения биологических преступлений и обеспечения биологической безопасности и биологической защищенности, разработанные Интерполом⁵, Рекомендации по перевозке опасных грузов: типовые правила ЕЭК⁶, Кодекс поведения по обеспечению безопасности и сохранности радиоактивных источников МАГАТЭ⁷ и др. Комитет отметил, что он не рекомендует государствам безоговорочно перенимать какие-либо из рекомендованных им примеров, а предлагает их в порядке ознакомления. Кроме того, перечень предложенных примеров не является исчерпывающим и государства, и межправительственные органы могут вносить предложения о дополнении и изменении или об изъятии определенных методов⁸.

2. Оказание помощи государствам-членам и информационно-пропагандистская деятельность.

При принятии резолюции 1540 (2004) Совет Безопасности учел тот факт, что некоторым государствам может потребоваться содействие в выполнении ее положений на их территории, и предложил государствам, располагающими такими возможностями, оказывать надлежащее содействие в ответ на конкретные запросы государств, в которых отсутствует правовая и нормативная инфраструктура, опыт и/или ресурсы для выполнения резолюции. Комитет 1540 призван в данном случае выполнять функции координатора.

Эксперты Комитета 1540 участвуют в совещаниях международных, региональных и субрегиональных организаций, семинаров и мероприятий в целях привлечения внимания к обязанностям государств, касающимся полного осуществления резолюции 1540 Совета Безопасности. По состоянию на 1 июля 2008 г. эксперты Комитета 1540 приняли участие в более чем 60 семинарах, практикумах и конференциях. В их числе: Семинары по вопросам выполнения резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности в Азии и Тихоокеанском регионе (Пекин, 12-13 июля 2006 г.), в Центральной Азии и на Кавказе (Алматы, Казахстан, 8-9 октября 2006 г.), в Африканском регионе (Аккра, 9-10 ноября

⁵Проекты доступны на сайте: www.interpol.int.

⁶Recommendations on the Transport of Dangerous Goods, Model Regulations – Sixteenth revised edition. ST/SG/AC.10/1/Rev. 16, 2009.

⁷ Code of Conduct on the Safety and Security of Radioactive Sources, 2004. IAEA/CODEOC/2004.

⁸ UN Doc. S/2008/493 (2008). П. 82.

2006 г.), в Латинской Америке и Карибском бассейне (Лима, 27-28 ноября 2006 г.); Специальное совещание по проблемам предотвращения распространения ядерного, химического и биологического оружия, систем их доставки и относящихся к ним материалов (Вашингтон, О.К., 11-12 декабря 2006 г.); «Финансирование распространения ОМУ»: межсессионное заседание рабочей группы по финансированию терроризма и отмыванию денег Целевой группы по финансовым мероприятиям (WGTM/FATF) (Оттава, 3-4 мая 2007 г.); «Пресечение передвижения террористов и эффективный пограничный контроль», пятое специальное совещание КТК с международными, региональными и субрегиональными организациями (Найроби, 29-31 октября 2007 г.); Международная конференция по незаконному обороту ядерных материалов (Эдинбург, 19-22 ноября 2007 г.) и др.

3. Сотрудничество с международными, региональными и субрегиональными организациями и с другими вспомогательными органами Совета Безопасности и обеспечение соблюдения принципа транспарентности в своей работе.

Сотрудничество с другими комитетами Совета Безопасности (ИД КТК, Группа по аналитической поддержке и наблюдению за санкциями в отношении организации «Аль-Каида» и движения «Талибан») осуществляется по линии их групп экспертов и сектора по предупреждению терроризма (ЮНОДК). В частности ЮНОДК организовало информационно-просветительские семинары-практикумы для государств Западной и Центральной Африки в Сенегале в сентябре 2007 г. и для государств Центральной и Восточной Африки в Ботсване в ноябре 2007 г. Их целью являлось проведение работы с государствами, которые еще не представили ответы по всем трем комитетам.

Что касается межправительственных организаций (МАГАТЭ, ОЗХО, ВТО, ИМО и др.), то они, действуя в соответствии со своими мандатами, разрабатывают руководящие указания и стандарты, программы оказания технической помощи, которые государства могут внедрять в зависимости от национальных условий, тогда как региональные организации (например, Африканский союз, АСЕАН, СНГ, ЕС, ЛАГ, ОБСЕ) оказывают политическую поддержку, привлекая внимание своих государств-членов к настоятельной необходимости выполнения резолюции 1540 (2004).

С учетом долгосрочного характера стоящих перед Комитетом 1540 и государствами – членами ООН задач, требующих усилий

на национальном, региональном и международном уровнях, Совет Безопасности принял решение о продлении мандата Комитета 1540 до 27 апреля 2008 г.⁹, а затем до 25 апреля 2011 г.¹⁰.

Несмотря на выраженную государствами приверженность резолюции 1540 (2004) и готовность в приоритетном порядке выполнять поставленные в ней задачи, а также определенные успехи в работе Комитета 1540¹¹, анализ мероприятий, предпринимаемых государствами, указывает на необходимость более эффективных действий по осуществлению резолюции 1540 (2004).

Начиная с 2004 г. Комитет 1540 представил на рассмотрение Совета Безопасности четыре доклада: в 2004, 2005, 2006 и 2008 гг.¹² За это время очень большая группа государств представила доклады о мерах, принятых во исполнение резолюции 1540 (2004)¹³.

В докладе, подготовленном Комитетом 1540 в 2008 г., содержится подробная информация о конкретных мерах, принятых государствами в целях выполнения обязанностей, возлагаемых на государства этой резолюцией.

По состоянию на 1 июля 2008 г. общее число государств, представивших хотя бы один доклад с 2004 г., составило 155 государств, плюс одна организация – Европейский союз. Из числа представивших первый доклад государств 102 государства представили дополнительную информацию. 37 государств не представили Комитету 1540 первый доклад.

Основные выводы Комитета 1540, сделанные исходя из полученной от государств информации, сводятся к следующему.

1. Принятие и выполнение положений многосторонних договоров.

⁹ UN Doc. S/RES/1673 (2006).

¹⁰ UN Doc. S/RES/1810 (2008).

¹¹ См.: заявления представителей Российской Федерации и Франции: UN Doc. S/PV.5375 (2006).

¹² UN Doc. S/2004/958 (2004), S/2005/799 (2005), S/2006/257 (2006), S/2008/493 (2008).

¹³ Подробнее см.: С. Ahlstrom. United Nations Security Council Resolution 1540: non-proliferation by means of international legislation//SIPRI Yearbook 2007: Armament, Disarmament and International Security. Oxford, 2007. P. 460-473; L. Olberg. Implementing Resolution 1540: What the National Reports Indicate//Disarmament Diplomacy. Issue No. 82, 2006. <http://www.acronym.org.uk>; Implementing Resolution 1540: the Role of Regional Organizations. L. Scheinman (ed.). United Nations, New York and Geneva, 2008; M. Heupel. Implementing UN Security Council Resolution 1540: A Division of Labor Strategy//Carnegie Papers, June 2007. <http://www.carnegieendowment.org>.

Значительно возросло число государств, присоединившихся к международным документам, имеющим особое значение для резолюции 1540 (2004): Конвенции о запрещении биологического оружия, Конвенции о запрещении химического оружия, Договоре о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний, Договоре о нераспространении ядерного оружия, Конвенции о физической защите ядерного материала. Кроме того, многие государства выразили намерение ратифицировать или применять следующие документы: Поправку 2005 г. к Конвенции о физической защите ядерного материала и два протокола 2005 г. к Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, Протокол к ней о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе. Вместе с тем, необходимо присоединение к вышеназванным документам еще более широкого круга государств.

2. Реализация п. 2 резолюции 1540 (2004): принятие законов, направленных на предотвращение попадания оружия массового уничтожения в руки негосударственных субъектов.

Комитет отметил, что для выполнения обязательств по данному пункту резолюции недостаточно только законодательных и других мер по лицензированию. Кроме того, не все требования, упомянутые в п. 2 резолюции, нашли отражение в отдельном действующем законодательстве, даже в том случае, если они дополняются более общими по характеру конституционными положениями, которые направлены на выполнение положений международных документов в данной области. Связано это с тем, что международно-правовые документы (например, Договор о нераспространении ядерного оружия и др.) устанавливают обязательства в межгосударственных отношениях, а требования резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности касаются негосударственных субъектов и требуют принятия отдельного законодательного акта, в том числе установления ответственности негосударственных субъектов.

Во многих государствах уголовное законодательство еще не предусматривает ответственность за все виды деятельности, которые государства обязаны запретить в соответствии с резолюцией 1540 (2004). В большинстве случаев законодательные положения сформулированы в общих выражениях, которые в равной степени применимы к биологическому, химическому и ядерному оружию, а не в виде отдельных норм или статей, относящихся к конкретному виду оружия.

В практике принятия государствами законодательства по трем категориям оружия массового уничтожения наблюдаются определенные различия.

Комитет отметил, что вопрос о биологическом оружии, средствах его доставки и относящимся к ним материалам находится в числе проблем, требующим к себе пристального внимания. Дело в том, что резолюция 1540 (2004) предусматривает ряд дополнительных запрещенных действий по сравнению с теми действиями, которые уже охватываются Конвенцией о запрещении биологического и токсинного оружия. К таким дополнительным запрещенным действиям относятся перевозка, передача и применение. Эти запреты реже отражаются в общем национальном законодательстве, чем в уголовном.

В докладе 2008 г. отмечается, что национальные законодательные акты, касающиеся режима химического оружия, имеют более полный охват благодаря, в основном, включению в них положений о механизме осуществления, предусмотренных в Конвенции о запрещении химического оружия (эти положения касаются изготовления/производства, приобретения, накопления/хранения, применения и аналогичны положениям резолюции 1540 (2004)). Что касается запретов на оказание помощи, участие в качестве сообщника и финансирование, то в большинстве государств запреты установлены в уголовном или контртеррористическом законодательстве.

Следует отметить, что в Конвенции о запрещении химического оружия нет положений о запрещении перевозки, в связи с чем необходимо уделить особое внимание перевозке химических веществ для гражданских и коммерческих целей. При этом их транспортировка в законных целях обычно регулируется установлением контроля за выдачей лицензий и разрешений.

По состоянию на 2008 г. данные Комитета 1540 свидетельствовали об увеличении числа государств, выполняющих положения резолюции применительно к ядерному оружию. В 93 государствах имеется законодательные положения, запрещающие производство и применение ядерного оружия; 66 государств сообщили о запрещении обладания, передачи и применения ядерного оружия; 71 государство сообщило о принятии законодательных положений, устанавливающих ответственность за нарушения. Самые высокие показатели зафиксированы в области запрета на применение, изготовление и приобретение ядерного оружия.

3. Обязанности по обеспечению учета и сохранности, а также физической защиты связанных с оружием массового уничтожения материалов при производстве, применении, хранении и транспортировке (пп. 3 (а) и 3 (б) резолюции 1540 (2004)).

Число государств, предпринявших шаги по реализации своих обязательств в соответствии с указанными пунктами резолюции, остается достаточно низким по сравнению с общим количеством государств-членов.

Для контроля за ядерным оружием и относящимися к нему материалами во многих государствах был создан национальный регулирующий орган, введен режим лицензирования ядерных объектов или персонала, использующих материалы, относящиеся к ядерной сфере, а также установлена ответственность за нарушение режима лицензирования.

Следует отметить, что многие государства при формировании своей нормативной базы использовали действующие международные механизмы, в том числе: механизмы соглашений о всеобъемлющих гарантиях, меры физической защиты ядерного материала при его международной транспортировке, предусмотренные Конвенцией о химической защите ядерного материала; рекомендации МАГАТЭ, например, циркуляр INFCIRC/225/Rev.4 «Физическая защита ядерных материалов и ядерных объектов».

Ситуация с химическим оружием и относящимися к нему материалами несколько лучше в связи с ростом числа механизмов отчетности и контроля в рамках Конвенции о запрещении химического оружия.

Комитет 1540 отметил, что усложняется ситуация в области учета, сохранности и физической защиты материалов, относящихся к биологическому оружию. Меры по учету таких материалов сводятся главным образом к ведению инвентарных журналов по использованию, производству и обладанию подобными видами агентов, которые далее различаются по виду воздействия как источники, вызывающие заболевания у людей, животных или растений. В ряде государств приняты законодательные акты и нормативные положения о лицензировании применения, производства материалов, относящихся к биологическому оружию, и обладания ими в качестве разрешенных действий для коммерческих, промышленных или медицинских целей. Данные механизмы контроля применяются, как правило, учреждениями общественного здравоохранения и/или ветеринарными службами, органами фитоконтроля и природоохранными органами. 46 государств ввели

уголовную или административную ответственность за нарушение режима лицензирования. Несмотря на повышение осознания государствами потенциальной угрозы, которую может нести случайная утечка материалов, относящихся к биологическому оружию, незначительное число государств приняли меры по проведению проверок персонала, работающего с чувствительными материалами.

4. Обеспечение мер пограничного контроля для пресечения распространения оружия массового уничтожения (п. 3 (с) резолюции 1540).

Принципы, применяемые в отношении пограничного контроля, включают в себя:

– электронное внесение точной информации до погрузки предназначенных к отправке предметов;

– оценку рисков посредством анализа всей информации с использованием современных компьютерных систем и опыта сотрудников таможенных органов; осмотр грузов, вызвавших интерес у таможенных органов с использованием технологий, не требующих вскрытия контейнеров, или, в случае необходимости, физическую проверку;

– заключение с деловыми кругами добровольных соглашений о соблюдении требований, которые, при необходимости, подкрепляются законодательными и нормативными актами.

По мнению многих государств, негосударственные субъекты могут использовать законные способы пересечения границы, особенно в зонах свободной торговли или на аналогичных территориях, в связи с чем правительства ряда стран, на территории которых находятся крупнейшие перегрузочные центры, предпринимают шаги по созданию надлежащей инфраструктуры пограничного и экспортного контроля.

5. Меры экспортного контроля в соответствии с п. 3 (d) резолюции 1540 (2004):

1. лицензирование в области экспорта, транзита, трансграничного перемещения, реэкспорта и импорта материалов, относящихся к ядерному, химическому и биологическому оружию. Государства учредили национальные органы лицензирования и межправительственные механизмы по обзору эффективности режима лицензирования; приняли положения о применении процедур лицензирования в отношении ядерных материалов, химических веществ, материалов, относящихся к биологическому оружию; создали механизм оценки конечных пользователей; ввели меры контроля в отношении предметов, не входящих

в контрольные списки, но которые могут существенно повлиять на реализацию программ создания оружия массового уничтожения и средств его доставки (например, испытательное оборудование, определенные марки стали и др.);

2. меры контроля за потоками технологий. В этих целях государства должны:

– включить технологии, а также товары в списки подлежащих контролю предметов (осуществляется в 62 государствах);

– распространить системы контроля на нематериальную передачу технологий (осуществляется в 46 государствах);

– ввести меры контроля за потоком информации применительно к иностранным гражданам, находящимся в пределах собственных границ (предполагаемый экспорт) (осуществляется в 18 государствах).

В соответствии с п. 6 резолюции 1540 (2004) Совет Безопасности признал практическую значимость для выполнения резолюции эффективных национальных контрольных списков. По состоянию на 2008 год подобные списки имелись в 67 государствах.

На основании полученной от государств информации Комитет пришел к следующим основным выводам:

1. осуществление резолюции 1540 происходит в контексте применения многочисленных конвенций, договоров, законодательных актов, нормативных положений, стандартов и практических методов, которые существовали еще до принятия резолюции 1540 (2004). Исходя из этого, государства начали изучать и пересматривать вопрос о том, как эти документы соотносятся с проблемой приобретения негосударственными субъектами оружия массового уничтожения и средств его доставки;

2. представленные Комитетом 1540 примеры обмена опытом в деле осуществления резолюции 1540 (2004) не охватывают всех обязательств, содержащихся в этой резолюции. В частности, крайне малоизвестно о взаимосвязи между посреднической деятельностью и распространением оружия массового уничтожения;

3. по итогам анализа сводных таблиц Комитет пришел к выводу о том, что не существует пригодного для всех единого шаблона осуществления указанной резолюции. Подходы к осуществлению зависят от различных национальных и региональных приоритетов, уровня развития стран и степени нависшей угрозы.

В связи с тем, что представленный Комитетом 1540 доклад обозначил ряд элементов, требующих самого пристального внимания,

касающихся как методов и приоритетов работы самого Комитета, так и усилий, прилагаемых государствами-членами, Совет Безопасности поручил рассмотреть вопрос о *всеобъемлющем обзоре хода осуществления резолюции 1540 (2004)* и представить доклад о рассмотрении этого вопроса не позднее 31 января 2009 г.¹⁴ Этот обзор должен был послужить оценке меняющегося характера рисков и угроз, выявлению пробелов, определению новых подходов и конкретных рекомендаций, которые можно было бы использовать при осуществлении резолюции 1540¹⁵. В рамках всеобъемлющего обзора Комитет 1540, в целях повышения уровня транспарентности и содействия налаживанию диалога между государствами-членами, провел открытые заседания, включая общие прения и три интерактивных тематических заседания (30 сентября – 2 октября 2009 г.).

Во-первых, в ходе проведения обзора, удалось выявить трудности, с которыми сталкивается Комитет 1540 в процессе анализа воздействия резолюции. Полезный результат, на достижение которого направлена резолюция 1540 (2004) – это так называемое «соответствующее эффективное» осуществление, т.е. не просто принятие национального закона, а обеспечение его выполнения и создание соответствующих возможностей. Комитет 1540 следит за осуществлением на национальном уровне, однако не анализирует сопоставимость различных национальных систем и того воздействия, которое осуществление на национальном уровне оказывает на создание эффективного международного барьера на пути распространения негосударственными субъектами и среди негосударственных субъектов. У Комитета 1540 отсутствует информация о том, возникло ли общее толкование различных аспектов резолюции, различается ли такое толкование в различных регионах и какие регионы достигли наибольших успехов в общем понимании. В соответствии с резолюцией 1540 (2004) государства должны установить санкции за нарушения, совершенные негосударственными субъектами. Комитет 1540 не анализирует, в каких случаях государства применяют уголовные санкции, а в каких гражданские или административные. Кроме того, государства зачастую используют разные подходы в рамках выполнения своих обязанностей по резолюции:

¹⁴ П. 8 резолюции 1810 (2008) Совета Безопасности: UN Doc. S/RES/1810 (2008).

¹⁵ Доклад Комитета Совета Безопасности, учрежденного резолюцией 1540 (2004), о рассмотрении вопроса о всеобъемлющем обзоре в соответствии с п. 8 резолюции 1810 (2008) Совета Безопасности: UN Doc. S/2009/170 (2009).

либо подход, основанный на едином нормативном акте, либо подход, основанный на совокупности нормативных актов с различной степенью интеграции и согласованности этих актов. Комитет 1540 должен ответить на вопрос, какое воздействие оказывает каждый подход и какой подход способствует наращиванию эффективных международных усилий в борьбе с распространением ядерного, химического и биологического оружия.

В ходе обзора было уделено внимание региональным различиям в степени осуществления резолюции 1540 (2004). Для оценки мер осуществления по регионам были использованы данные по состоянию на июль 2009 года. Во внимание были приняты первые доклады 160 государств, дополнительная информация от 103 государств. К числу государств, которые не представили свои первые доклады, относятся главным образом государства Африки, ряд государств региона Тихоокеанских островов, Карибского бассейна и Южной Азии. Разбивка производилась по следующим региональным группам с учетом принятых странами мер, отраженных в их матрицах:

Группа африканских государств – показатели большинства государств очень низкие, у трех четвертей государств региона – низкие. Для исправления ситуации в этом регионе необходимо использовать новый подход к решению часто упоминаемой проблемы национальных приоритетов и отсутствия необходимого потенциала;

Группа азиатских государств – в целом показатель отчетности высокий; три пятых государств имеют низкий показатель мер по осуществлению. Проблема в данном регионе заключается в предотвращении незаконного оборота материалов, связанных с оружием массового уничтожения и укреплении систем учета, сохранности и физической защиты этих материалов;

Группа государств Латинской Америки и Карибского бассейна – результаты отчетности высокие, в четырех пятых государств – низкий показатель мер осуществления. В данном регионе существует необходимость координации деятельности ряда организаций (например, Межамериканского комитета по борьбе с терроризмом), направленной на убеждение отдельных государств обновлять или дополнять существующее законодательство;

Группа восточноевропейских государств, Группа западноевропейских и других государств – показатели осуществления резолюции – выше среднего, в отдельных случаях – очень высокие. Проблемой

в отдельных государствах, как правило, является необходимость улучшения правоприменительных аспектов.

В рамках проведения Всеобъемлющего обзора хода осуществления резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности, государства выразили свою поддержку и приверженность целям резолюции, ставшей важной частью глобальных режимов нераспространения, и поставленным перед ними задачам. Государства также высказались по поводу того, как сделать работу более эффективной и как преодолеть возникающие трудности. Например, представители государств отметили, что Комитету в его роли координатора следует сместить акцент с конкретных элементов резолюции и сосредоточить больше внимания на вопросе укрепления потенциала в области управления¹⁶. Очень важную роль играет региональный подход, поскольку уровень осуществления в некоторых регионах остается низким, доклады этих государств зачастую представляют собой простую компиляцию данных, и фактический уровень информированности стран об обязательствах, вытекающих из резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности, остается довольно низким¹⁷. Для этого государства должны проявлять большую решимость участвовать в осуществлении резолюции и приверженность на национальном уровне¹⁸. Кроме того, в прениях приняли участие наблюдатели от Организации по запрещению химического оружия, МАГАТЭ, Подготовительной комиссии Организации Договора о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний, НАТО, Африканского союза и других международных организаций, которые прилагают значительные усилия в рамках осуществления резолюции, оказания помощи государствам и разработки соответствующих программ в рамках своих мандатов¹⁹.

Несмотря на то, что почти все государства поддерживают обязательства, установленные резолюцией 1540 (2004) Совета Безопасности, ее осуществление не всегда является приоритетом, по разным соображениям. Развивающиеся и переходные государства стоят перед необходимостью решения более важных, по их мнению, проблем, таких как бедность и болезни, и ссылаются на недостаточность ресурсов

¹⁶ См.: выступление представителя Австрии на 25 заседании Комитета 1540: UN Doc. S/AC.44/SR.25 (2009).

¹⁷ См.: выступление представителей Турции и Коста-Рики на 25 заседании Комитета 1540: UN Doc. S/AC.44/SR.25 (2009).

¹⁸ См.: выступление наблюдателя от Норвегии: UN Doc. S/AC.44/SR.26 (2009).

¹⁹ UN Doc. S/AC.44/SR.27 (2009), S/AC.44/SR.27/Add.1 (2009).

для выполнения обязательств по нераспространению; зачастую эти обязательства вступают в противоречие с интересами экспортных отраслей промышленности ряда стран, не говоря уже о том, что многие государства выступали против принятия Советом Безопасности нормативной резолюции по нераспространению²⁰.

Проведенный анализ показывает, что государствам потребуется серьезная помощь, оказывать которую должен, прежде всего, Комитет 1540 в связи с тем, что он занимает уникальное положение как вспомогательный орган Совета Безопасности. Для этого необходимы определенные усовершенствования, как в структуре данного органа, так и в методах его деятельности. В частности, Совет Безопасности должен создать в рамках Комитета 1540 более представительную группу экспертов, по примеру той, которая существует в КТК и в которую должны войти специалисты соответствующих областей знаний, затронутых резолюцией 1540 (2004). Кроме того, Комитет должен способствовать использованию государствами экспертных знаний соответствующих международных организаций.

Таким образом, по мнению экспертов²¹, Комитету 1540 следует сосредоточить свою деятельность на следующих основных направлениях.

1. В рамках оценки воздействия резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности следует:

- разработать единый критерий оценки законодательной деятельности государств по осуществлению резолюции 1540 (2004);
- разработать механизмы оценки влияния резолюции 1540 (2004) на создание эффективного международного барьера для распространения оружия негосударственными субъектами и среди них;
- разработать механизм оценки влияния различных подходов государств к выполнению своих обязательств по принятию национальных законодательных актов.

2. В рамках оценки ситуации с принятием государствами надлежащих мер уголовной и гражданской ответственности за нарушение

²⁰ См., например, выступление представителя Пакистана: UN Doc. S/PV.4956 (2004). С.3.

²¹ См: Итоговый документ о проведенном в 2009 году всеобъемлющем обзоре хода осуществления резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности: основные выводы и рекомендации: UN Doc. S/2010/52 (2010), а также Справочные документы, подготовленные экспертами Комитета 1540 в соответствии с документом о рассмотрении вопроса о всеобъемлющем обзоре (S/2009/170): http://www.un.org/russian/sc/1540/comprehensivereview_openmeeting.shtml.

законов и нормативных актов в области экспортного контроля Комитету следует просить государства о предоставлении большего объема информации о правоохранительной деятельности, которая является слабым местом.

3. Для разработки новых инструментов оказания помощи государствам следует:

- пересмотреть существующие базы данных Комитета с целью сделать их более удобными для использования;

- стимулировать государства к подаче совместных региональных и субрегиональных запросов об оказании помощи;

- организовывать проведение страновых визитов для оценки осуществления резолюции 1540 (2004) «на местах» и выявления потребностей государств;

- оказывать содействие в разработке типового законодательства для стран региона, учитывая схожие правовые традиции и потребности;

- использовать сетевые технологии для оказания содействия в установлении партнерских отношений.

4. Для оценки хода осуществления резолюции 1540 (2004) Совета Безопасности Комитету следует усовершенствовать структуру используемой им матрицы, снизить сложность ее заполнения, а также включить в нее представление свидетельств исполнения и применения законодательных мер.

Кроме того, Комитету 1540 следует сделать особый акцент на укреплении потенциала и определении национальных приоритетов, от чего, во многом зависит эффективность осуществления резолюции. Выполнение обязанностей, установленных Советом Безопасности, является тяжелым бременем для многих малых государств, отказавшихся от оружия массового уничтожения и не имеющих крупных отраслей двойного назначения. Тем не менее, этот процесс важен не только сам по себе, но и для того, чтобы направить усилия на другие формы преступного поведения, такие как торговля наркотиками, стрелковым оружием и легкими вооружениями. Кроме того, выполнение резолюции не является первоочередной задачей для многих стран, в частности потому, что их соответствующие органы имеют очень ограниченное влияние на установление национальных приоритетов. Для этого Комитет 1540 должен работать с парламентами и другими политическими представителями этих стран, чтобы повысить то значение, которое они придают выполнению резолюции 1540 (2004).

Обзор идей и проблем, касающихся осуществления, указывает на необходимость использования долгосрочного подхода для решения этих вопросов, связанных с противодействием распространению, на основе сотрудничества Комитета 1540 с государствами-членами и между ними. Эти обстоятельства, несомненно, должны быть учтены Советом Безопасности при определении дальнейших приоритетов деятельности Комитета, который, в свою очередь, должен предпринять конкретные шаги до истечения его мандата. Результаты работы Комитета и прогресс, достигнутый государствами, должен быть отражен в следующем докладе, подготовку которого планируется завершить не позднее 24 апреля 2011 года (в соответствии с п. 14 резолюции 1810 (2008) Совета Безопасности). От того, какими будут эти результаты, а также от того, будут ли государства и в дальнейшем продолжать активное сотрудничество с Советом Безопасности в рамках борьбы с распространением оружия массового уничтожения, или же ограничатся уже принятыми минимально необходимыми мерами, зависит, насколько *эффективно* действует Совет Безопасности в качестве законодателя.

Библиографический список.

Ahlstrom C. United Nations Security Council Resolution 1540: non-proliferation by means of international legislation//SIPRI Yearbook 2007: Armament, Disarmament and International Security. Oxford, 2007. P. 460-473.

Heupel M. Implementing UN Security Council Resolution 1540: A Division of Labor Strategy//Carnegie Papers, June 2007. <http://www.carnegieendowment.org>.

Implementing Resolution 1540: the Role of Regional Organizations. L. Scheinman (ed.). United Nations, New York and Geneva, 2008.

Martinez L. The Legislative Role of the Security Council in Its Fight Against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits//International and Comparative Law Quarterly. Vol. 57, 2008. P. 333-359.

Olberg L. Implementing Resolution 1540: What the National Reports Indicate//Disarmament Diplomacy. Issue No. 82, 2006. <http://www.acronym.org.uk>.

Talmon S. The Security Council as World Legislature//American Journal of International Law. Vol. 99, 2005. P. 175-193.

Activity of the UN Security Council Committee on the Prevention of Proliferation of Weapons of Mass Destruction (Summary)

*Tatiana N. Voytova**

The article is concerned about analysis of activity of United Nations Security Council Committee established pursuant to resolution 1540 (2004). Committee monitors implementation of legislative resolution 1540 (2004) dealing with prevention of proliferation of weapons of mass destruction, their means of delivery and related materials by non-state actors. The article provides characteristic of structure and main areas of activity of Committee 1540 such as the examination of relevant measures taken by State Members of the United Nations, the organization of intensive outreach activities, the development of cooperation with other Security Council bodies and with global, regional and sub regional intergovernmental organizations, the creation of new tools to facilitate assistance and transparency. The accent is made on characteristic of current general trends in the Member State's implementation of resolution 1540 (2004) and main priorities of future work of Committee 1540.

Keywords: the United Nations Security Council; legislative resolution; non-proliferation of weapons of mass destruction; Committee 1540.

* Tatiana N. Voytova – post-graduate student of the Chair of International law, Moscow State Law Academy. t_vojtova@mail.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ И ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Сделки с заинтересованностью в акционерных обществах в российском и зарубежном праве: общая характеристика

Кабатова Е.В. *

Вершинина Е.В. **

Линдо А.В. ***

В статье проводится общий сравнительный анализ правового регулирования конфликта интересов в акционерных обществах в России и зарубежных странах: Англии, США, Германии и Франции. Указаны источники регулирования рассматриваемого вопроса в России и за рубежом. Проанализированы терминологические различия: раскрываются такие российские понятия, как «заинтересованное лицо», «сделка, в совершении которой имеется заинтересованность», а также понятия, используемые в английском и американском праве: «конфликт интересов», «сделка с конфликтующим интересом директора» соответственно. Также обозначены основные категории сделок с заинтересованностью в соответствии с немецким и французским акционерным законодательством.

Ключевые слова: сделка с заинтересованностью; акционерное общество; право зарубежных стран; сравнительный анализ; конфликт интересов.

* Кабатова Елена Витальевна – к.ю.н., доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России.

** Вершинина Елена Валерьевна – к.ю.н., доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России. privintl@mgimo.ru.

*** Линдо А.В. – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России. anastasia.lindo@mail.ru.

Одним из наиболее сложных институтов, «не до конца «встроенных» в общую систему правового регулирования акционерных обществ»¹ в России, является институт сделок, в совершении которых имеется заинтересованность².

Он был впервые использован в типовом уставе акционерного общества открытого типа, содержавшемся в Положении о коммерциализации государственных предприятий с одновременным преобразованием в акционерные общества открытого типа³, и с тех пор претерпел не одно изменение. На повышение эффективности рассматриваемого института направлены важные изменения, внесённые в ст. 84 ФЗ «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. (далее – Закон об АО) Федеральным законом от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ⁴.

Суть института сделок с заинтересованностью заключается в стремлении законодателя предотвратить конфликт интересов – ситуацию,

¹ Габов А.В. Сделки с заинтересованностью в практике акционерных обществ: проблемы правового регулирования. – М.: Статут, 2005, С. 5. Проблематика сделок с заинтересованностью также глубоко изучена А.А. Маковской (Маковская А.А. Особенности совершения крупных сделок и сделок с заинтересованностью. Видеолекции. Раздел право. ЗАО «СТАТУТ-Медиа», 2007 г.)

² Соответствующие нормы содержатся в Федеральном законе «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 года № 208-ФЗ (в посл. ред. от 03.11.2010 № 292-ФЗ), в Главе XI «Заинтересованность в совершении обществом сделки», статьях 81-84, СПС «КонсультантПлюс». Институт сделок с заинтересованностью получил своё развитие применительно к юридическим лицам различной организационно-правовой формы, например, для акционерных обществ, обществ с ограниченной ответственностью (ст. 45 ФЗ от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (в посл.ред. от 27.12.2009 № 352-ФЗ)), государственных и муниципальных унитарных предприятий (ст. 22 ФЗ от 14.11.2002 № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» (в посл.ред. от 02.07.2010 № 152-ФЗ)), некоммерческих организаций (ст. 27 ФЗ от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (в посл. ред от 22.07.2010 № 164-ФЗ)), сельскохозяйственных кооперативов (ст. 38 ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» от 8.12.1995 № 193-ФЗ (в посл.ред. от 19.07.2009 № 205-ФЗ)), СПС «КонсультантПлюс». Однако следует отметить, что в Федеральных законах «О некоммерческих организациях» и «О сельскохозяйственной кооперации» законодатель использует соответственно понятия: «сделка, в которой присутствует конфликт интересов», «сделка с конфликтом интересов».

³ Названное положение было утверждено Указом Президента РФ от 1 июля 1992 г. № 721 «Об организационных мерах по преобразованию государственных предприятий, добровольных объединений государственных предприятий в акционерные общества» (утратил силу), СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Принятию данного закона предшествовало Постановление Пленума ВАС РФ от 20.06.2007 № 40 «О некоторых вопросах практики применения положений законодательства о сделках с заинтересованностью», СПС «КонсультантПлюс».

когда директора общества и иные лица, обладающие широкими полномочиями по ведению дел, используют имеющиеся у них полномочия ненадлежащим образом, то есть в своих интересах – для получения прямой или косвенной выгоды – в ущерб интересам общества.

В корпоративном праве всех развитых государств также разработаны нормы, направленные на недопущение злоупотреблений со стороны названных лиц, последствиями которых являются убытки общества. Целесообразно рассмотреть правовое регулирование конфликта интересов, прежде всего, в таких государствах, как Англия, США⁵, Германия и Франция.

В английском праве названные нормы содержатся в Законе о компаниях 2006 г.⁶, ст. 175-226, 252-254; в американском праве – в переработанном в 2005 г. Модельном законе о предпринимательских корпорациях США 1984 г.⁷, §§ 8.30, 8.31, §§ 8.60-8.63. В Германии урегулированию ситуации конфликта интересов посвящены положения Акционерного закона от 6 сентября 1965 г.⁸, §§ 52, 88, 89, 93, 112, 114, 115, 116; во Франции – положения Закона о торговых товариществах от 24 июля 1966 г., инкорпорированного в Французский торговый

⁵ В англо-американском праве нет полного аналога российского акционерного общества, однако в общих чертах ему соответствуют: в Англии – public company, в США – public corporation. Для целей компаративистики авторы посчитали интересным сопоставление регулирования конфликта интересов в российском акционерном обществе с регулированием конфликта интересов в названных организационно-правовых формах Англии и США.

⁶ Законом о компаниях 2006 г. введена обязанность директора компании избегать конфликта интересов, а также раскрывать конфликтующий интерес в сделках и договорённостях. Companies Act 2006 (CA 2006), http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2006/pdf/ukpga_20060046_en.pdf. Английский закон о компаниях 2006 г.; Notes refer to the Companies Act 2006 which received Royal Assent on 8 November 2006, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/en/ukpgaen_20060046_en.pdf. Официальный комментарий к Английскому закону о компаниях 2006 г.

⁷ Большинство законов штатов о корпорациях имеют в своей основе Модельный закон о предпринимательских корпорациях (Model Business Corporation Act). На сегодняшний день его одобрили и ввели в действие целиком или в значительной части более половины американских штатов. Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) (Revised through June 2005), <http://www.abanet.org/buslaw/committees/CL270000pub/nosearch/mbca/assembled/20051201000001.pdf>. Модельный закон о предпринимательских корпорациях США (переработан в 2005 г.).

⁸ Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты = Aktiengesetz. Paralleler russischer und deutscher Text / Предисл. В. Бергманн; науч. ред. и алф.-пр. ук. на рус. яз. Т.Ф. Яковлева; пер. с нем. и алф.-пр. ук. на нем. яз. Е.А. Дубовицкая. - М.: ВолтерсКлувер, 2009 г. - 440 с.

кодекс 2000 г. (далее – ФТК), ст. L-225-38 - L-225-43, L-225-46; ст. L-225-86 - L-225-91; ст. L-225-251 - L-225-254, L-225-256, L-225-257⁹.

Целью специального регулирования сделок с заинтересованностью в России является защита интересов участников корпоративных отношений от злоупотреблений полномочиями со стороны директора общества и иных лиц, которая, с учётом принципа приоритета общего корпоративного интереса, а также соблюдения баланса интересов, включает: защиту экономических интересов акционерного общества, защиту прав и интересов акционеров, обеспечение охраны интересов кредиторов акционерного общества¹⁰.

Рассматриваемый институт во многом был заимствован из опыта корпоративного регулирования других государств, прежде всего, англосаксонской правовой системы, и не в достаточной мере адаптирован для применения в условиях российской действительности. В судебной практике он стал полем для судебных споров, целью которых часто выступает не защита прав и интересов участников корпоративных отношений, а корпоративный шантаж и разрушение бизнеса. Во многом это является следствием недостаточного анализа опыта правового регулирования других государств.

Несмотря на то, что именно для решения проблемы конфликта интересов в российском законодательстве используется категория сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, Закон об АО не содержит понятия «конфликт интересов»¹¹.

Существует множество определений как понятия «конфликт»¹²», так и понятия «интерес»¹³. В свою очередь, в силу неоднозначности

⁹ Коммерческий кодекс Франции. Перевод с французского / Предисл.: Захватаев В.Н.; Доп.: Захватаев В.Н.; Комментар.: Захватаев В.Н. - М.: ВолтерсКлувер, 2008 г. - 1272 с.

¹⁰ На защиту интересов кредиторов направлен абз.7 пункта 1 ст. 84 Закона об АО (введён ФЗ от 19.07.2009 г. № 205-ФЗ), из которого следует, что добросовестность кредитора является обстоятельством, исключающим возможность признания сделки с заинтересованностью недействительной.

¹¹ Интересно отметить, что данный термин используется в п. 3.1.4. Главы 4 «Исполнительные органы общества» Кодекса корпоративного поведения, положениям которого рекомендуется следовать акционерным обществам, созданным на территории РФ. Распоряжение ФКЦБ РФ от 04.04.2002 № 421/р «О рекомендации к применению Кодекса корпоративного поведения» (вместе с «Кодексом корпоративного поведения» от 05.04.2002), СПС «КонсультантПлюс».

¹² См., например, Дмитриев А.В., Кудрявцев В.Н. Введение в общую теорию конфликтов: Юридическая конфликтология. Монография. Ч. 1. Отв. ред.: Кудрявцев В.Н. - М.: ИНИОН РАН, 1993 г., С. 11.

¹³ Данный вопрос глубоко изучен С.В. Михайловым: Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. М.: Статут, 2002 г. - 205 с.

понятий «конфликт» и «интерес» не существует и единого определения понятия «конфликта интересов»¹⁴.

Представляется, что применительно к рассматриваемой тематике конфликт интересов следует понимать как ситуацию (состояние) противоречия, при которой интересы лиц, обладающих широкими полномочиями по ведению бизнеса, не совпадают с интересами самого общества.

Категория сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, раскрывается через указание в Законе об АО на признаки такой сделки: на лиц, которые в принципе могут являться участниками конфликта интересов (абз. 1 ст. 81), а также на те условия, при которых они становятся заинтересованными в совершении обществом сделки (абз. 2 ст. 81).

В абз. 1 статьи 81 также указано, что к сделкам с заинтересованностью относятся, например, заем, кредит, залог, поручительство. Наиболее часто сделки с заинтересованностью являются сделками с отчуждением или приобретением имущества.

Потенциально заинтересованными лицами, то есть лицами, которые в силу занимаемого ими положения в принципе могут быть участниками конфликта интересов, являются:

1) член совета директоров (наблюдательного совета) акционерного общества;

2) лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа акционерного общества;

3) управляющая организация или управляющий;

4) член коллегиального исполнительного органа акционерного общества;

5) акционер общества, имеющий совместно с его аффилированными лицами 20 и более процентов голосующих акций общества;

6) лицо, имеющее право давать акционерному обществу обязательные для него указания.

Указанные лица признаются заинтересованными в совершении акционерным обществом сделки, а сделка соответственно получает статус сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, если:

¹⁴ Так, под конфликтом интересов некоторые исследователи понимают «противоборство, основанное на столкновении интересов различных субъектов... в конфликте интересов сталкиваются идеи, интересы, а подчас и мотивы поведения людей». (Дмитриев А.В., Кудрявцев С.В., Кудрявцев В.Н. Введение в общую теорию конфликтов: Юридическая конфликтология. Монография. Ч. 1. Отв. ред.: Кудрявцев В.Н. - М.: ИНИОН РАН, 1993 г., С. 44).

- все они (указанные лица);
- их супруги, родители, дети, полнородные и неполнородные братья и сестры, усыновители и усыновленные;
- аффилированные лица:

а) члена совета директоров (наблюдательного совета) общества, лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа общества, управляющей организации или управляющего, члена коллегиального исполнительного органа общества, акционера общества, имеющего совместно с его аффилированными лицами 20 и более процентов голосующих акций общества, лица, имеющего право давать обществу обязательные для него указания;

б) их супругов, родителей, детей, полнородных и неполнородных братьев и сестер, усыновителей и усыновленных

I. являются стороной сделки с акционерным обществом

II. являются выгодоприобретателем в сделке с акционерным обществом;

III. являются посредником или представителем в сделке с акционерным обществом;

IV. владеют (каждый в отдельности или в совокупности) 20 и более процентами акций (долей, паев) юридического лица, являющегося стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке с акционерным обществом;

V. занимают должности в органах управления юридического лица, являющегося стороной, выгодоприобретателем, посредником или представителем в сделке с акционерным обществом, а также должности в органах управления управляющей организации такого юридического лица.

Названные в абз. 1 ст. 81 Закона об АО лица признаются заинтересованными в совершении акционерным обществом сделки и в иных случаях, определенных уставом общества.

Чрезмерно широкий круг субъектов, потенциально заинтересованных в совершении обществом сделки, а также перечень обстоятельств, при наличии которых они считаются заинтересованными, сильно снижают эффективность правового института сделок, в совершении которых имеется заинтересованность. Кроме того, трудности вызывают такие используемые законодателем понятия, как лицо, имеющее право давать обществу обязательные для него указания, аффилированное лицо, выгодоприобретатель, посредник.

Представляется, что, исходя из логики законодательного регулирования, заинтересованность означает наличие такого интереса лиц, указанных в абз. 1 ст. 81, который при определённых в той же статье обстоятельствах может противоречить интересам общества, то есть наличие потенциального конфликта интересов. Соответственно, заинтересованным лицом является лицо, интерес которого, вероятно, конфликтует с интересами общества.

В связи с этим можно согласиться с Д.И. Дедовым, который предлагает квалифицировать сделки с заинтересованностью как «сделки, в результате совершения которых может возникнуть конфликт интересов»¹⁵.

И действительно, реальный конфликт интересов может и не иметь места в указанных в ст. 81 случаях. Например, вполне допустима ситуация, когда сделка, подпадающая под признаки сделки с заинтересованностью, совершается к экономической выгоде общества.

Однако вследствие того, что в случаях, указанных в п. 1 статьи 81, вероятность наличия конфликта интересов достаточно высока, Закон об АО требует раскрытия потенциально заинтересованными лицами информации об известных им совершаемых или предполагаемых сделках, в которых они могут быть признаны имеющими интерес, противоречащий интересам общества (ст. 82), а также соблюдения особого порядка совершения рассматриваемых сделок (ст. 83).

Вопрос же о том, имеет ли место реальный конфликт интересов, приобретает правовое значение в случае обращения общества или акционера в суд с требованием о признании сделки с заинтересованностью недействительной, а также в случае обращения с требованием о возмещении заинтересованным лицом убытков, причинённых обществу (ст. 84 Закона об АО).

При этом можно выделить два обстоятельства, свидетельствующие об отсутствии конфликта интересов:

- сделка, подпадающая под признаки сделки с заинтересованностью, была одобрена по правилам, предусмотренным Законом об АО;
- совершение сделки, подпадающей под признаки сделки с заинтересованностью, не повлекло или не может повлечь за собой причинение убытков обществу или акционеру, обратившемуся с соответствующим

¹⁵ Дедов Д.И. Конфликт интересов. - М.: Волтерс Клувер, 2004 г., С. 65.

требованием, либо возникновение иных неблагоприятных последствий для них¹⁶.

Далее будет дана общая характеристика правового регулирования конфликта интересов в акционерных обществах по праву Англии, США, Германии и Франции.

Закон о компаниях 2006 г. (далее – Закон) вводит достаточно строгое регулирование проблемы конфликта интересов в компании.

Цели законодателя, в отличие от российского опыта, не скрыты под неудачной терминологией и громоздкими формулировками. Закон сразу вводит термин “conflict of interests” и называет участников конфликта: с одной стороны – директор, с другой – общество.

В п. 1 статьи 175 указано, что директор компании обязан избегать ситуаций, когда он имеет или может иметь прямой или косвенный интерес, который противоречит или, возможно, может противоречить интересам общества. Избегать конфликта интересов – одна из семи основных обязанностей директора.

Ещё до закрепления в 2006 г. обязанности директора избегать конфликта интересов данное правило уже давно было выработано судебной практикой. В деле *Aberdeen Railway Co. v. Braikie Bros.* (1854 г.) судом палаты лордов установлено общее правило, согласно которому директор находится у опасной черты нарушения своих фидуциарных обязанностей по отношению к компании, если ставит себя в положение, в котором его частные интересы вступают в конфликт с интересами компании, или он заключает контракт, в котором имеет личный интерес. При этом суд палаты лордов рассматривал это правило как имеющее универсальный характер, т. е. никому, находящемуся в фидуциарных отношениях с компанией, не разрешено вступать в сделки, в которых такое лицо имеет или может иметь личный интерес, находящийся в конфликте с интересами тех, кого директор обязан защищать, то есть прежде всего пайщиков компании. Причём такие обязанности по отношению к компании могут продолжаться и после увольнения директора или его ухода в отставку¹⁷.

Английский Закон называет два обстоятельства, при которых обязанность директора компании избегать конфликта интересов не считается нарушенной (п. 4 ст. 175):

¹⁶ Отсутствие неблагоприятных последствий для общества и акционера свидетельствует о том, что лицо, хоть и являлось заинтересованным, однако действовало в интересах общества.

¹⁷ Полковников Г.В. Английское право о компаниях. Закон и практика: Учебное пособие. - М.: НИМП, 1999 г. С. 102.

– ситуация не может рассматриваться как вероятно влекущая конфликт интересов (представляется, что здесь речь идёт об отсутствии неблагоприятных последствий для компании и её членов);

– вопрос предложен на одобрение и одобрен директорами (независимо от директора с конфликтующим интересом и от иных конфликтующих директоров).

Особым случаем конфликта интересов является получение директором компании каких-либо вознаграждений от третьих лиц, если получение указанных вознаграждений обусловлено занимаемой директором должностью, выполнением или невыполнением им каких-либо действий (ст. 176). Директор обязан избегать и таких ситуаций. Однако обязанность не считается нарушенной, если получение прибыли со всей долей разумности не может рассматриваться как вероятно влекущее конфликт интересов.

Обязанность директора избегать конфликта интересов не возникает, если речь идет о сделках и договорённостях между директором и компанией. Одобрение такого рода сделок директорами компании также не требуется.

Вместе с тем, английский Закон указывает категории сделок компании с директорами, которые требуют обязательного одобрения остальными членами компании. Среди них: долгосрочные трудовые договоры директоров (ст. 188), крупные сделки с имуществом (ст. 190), предоставление займов и квази-займов директорам (ст. 197 и ст. 198) и др. Данные сделки также можно рассматривать как влекущие возможный конфликт интересов, что обуславливает необходимость их одобрения.

Переработанный в 2005 году Модельный закон о предпринимательских корпорациях США использует понятие сделок с конфликтующим интересом директора¹⁸ (director's conflicting interest transaction), определяя их как предполагаемые или совершённые компанией (или юридическим лицом, контролируемым этой компанией) сделки, когда:

– директор в соответствующий момент времени был стороной названных сделок; или

¹⁸ С точки зрения теории здесь также речь идёт о сделке с потенциально конфликтующим интересом директора, т.к. реальный конфликтующий интерес имеет место при отсутствии указанных ниже обстоятельств, исключающих недействительность сделки и ответственность директора за причинение убытков.

– директор в соответствующий момент времени располагал информацией о названных сделках и имел в отношении них материальный финансовый интерес, ему известный; или

– директор знал, что в соответствующий момент времени связанное с ним лицо было стороной в таких сделках или имело в отношении них материальный финансовый интерес (§ 8.60).

Соответствующим моментом времени (*relevant time*) является момент, когда сделка передаётся на рассмотрение совета директоров компании (или его комитета) или же, если сделка не передаётся на его рассмотрение, момент, когда компания (или контролируемое ею юридическое лицо) становится юридически обязанной завершить сделку (п. (3) § 8.60).

Следует отметить, что российское законодательство не указывает момент, на который должна определяться заинтересованность. Указанный пробел восполняется судебной практикой, которая требует устанавливать заинтересованность лица на момент совершения сделки¹⁹.

Материальный финансовый интерес означает такой финансовый интерес в сделке, который со всей долей разумности снизил бы объективность оценки директора в случае его участия в принятии решения об одобрении этой сделки (п. (4) § 8.60).

В американском праве прямо не установлена обязанность директоров компании избегать конфликта интересов, однако она с определённостью выводится из лежащих на них «обязанностей доверенных лиц» (*fiduciary duties*).

В отношении сделки с конфликтующим интересом директора не может быть применено средство судебной защиты по праву справедливости, она не может быть аннулирована, а директор компании освобождается от возмещения убытков или применения к нему иных санкций, если (§ 8.61 (b)):

1. имело место одобрение такой сделки директорами в любой момент времени (одобрение по правилам § 8.62); или

2. имело место одобрение такой сделки акционерами в любой момент времени (одобрение по правилам § 8.63); или

¹⁹ Пункт 33 Постановления Пленума ВАС РФ от 18.11.2003 № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об акционерных обществах»; Пункт 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.03.2001 № 62 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением хозяйственными обществами крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность», СПС «КонсультантПлюс».

3. исходя из обстоятельств, имевших место в соответствующий момент времени, установлено, что сделка была справедлива (fair), то есть благоприятна для корпорации.

Из последнего пункта ясно, что, несмотря на то, что директор, вероятно, имеет личный повышенный интерес в совершении обществом сделки, она, тем не менее, не может быть аннулирована, а директор освобождается от возмещения убытков, если не возникло каких-либо неблагоприятных последствий для общества.

Немецкое и французское законодательство не используют понятий «конфликт интересов» или «заинтересованность»²⁰. Однако, как уже отмечалось, имеют место нормы с аналогичной российской и англо-американскому законодательству целью правового регулирования.

В соответствии с немецким акционерным законодательством к сделкам с заинтересованностью относятся сделки по предоставлению обществом, не являющимся кредитной организацией или организацией по оказанию финансовых услуг, кредитов: членам правления, их заместителям и членам наблюдательного совета общества; супругам, партнёрам по совместной жизни или несовершеннолетним детям указанных лиц; юридическому лицу, законным представителем которого является член правления, его заместитель или член наблюдательного совета общества; торговому товариществу, участником которого является член правления, его заместитель или член наблюдательного совета общества, а также сделки по предоставлению кредитов некоторым другим лицам (§§ 89, 115 Акционерного закона Германии 1965 г.).

Названные сделки совершаются с разрешения наблюдательного совета общества²¹.

²⁰ Интересно, что немецкий Кодекс корпоративного управления 2002 г., как и российский Кодекс корпоративного поведения, использует термин «конфликт интересов» (Interessenkonflikt). Deutscher Corporate Governance Kodex 2002, <http://www.corporate-governance-code.de/>. Немецкий Кодекс корпоративного управления от 26 февраля 2002 г.

²¹ В случае, когда кредит предоставляется члену наблюдательного совета, который занимается коммерческой деятельностью как индивидуальный коммерсант, разрешение необходимо, при условии, что кредит предоставляется для оплаты товаров, которые общество поставляет его коммерческому предприятию. В случае предоставления кредита юридическому лицу или торговому товариществу, одобрение наблюдательного совета также не требуется, если такое юридическое лицо или товарищество связано (аффилировано, *ist verbunden*) с обществом либо если кредит предоставляется для оплаты товаров, которые общество поставляет такому юридическому лицу или торговому товариществу.

Сделками с заинтересованностью также являются заключаемые обществом с членом наблюдательного совета договоры о предоставлении услуг, не устанавливающие трудовые отношения, а также договоры подряда, когда на основании названных договоров член наблюдательного совета обязуется, помимо своей работы в наблюдательном совете, осуществлять для общества более квалифицированную деятельность (например, бухгалтерские или юридические услуги). Такие договоры, предусматривающие выплату членам наблюдательного совета вознаграждений, приобретают юридическую силу после одобрения наблюдательного совета (§ 114).

В качестве сделок с заинтересованностью следует также рассматривать сделки, совершённые членом правления или заместителем члена правления за свой или чужой счёт в сфере деятельности общества (п. (1) § 88 – запрет конкуренции). Без разрешения наблюдательного совета названные лица не имеют права ни заниматься коммерческой деятельностью, ни совершать подобные сделки в сфере деятельности общества.

К сделкам с заинтересованностью можно отнести договоры общества с учредителями или акционерами, которым принадлежит более десяти процентов уставного капитала, предусматривающие последующее приобретение обществом имеющегося или подлежащего изготовлению оборудования либо иных имущественных объектов по цене, превышающей десятую часть уставного капитала, и заключённые в первые два года после внесения общества в торговый реестр. Такого рода договоры вступают в силу только после их одобрения общим собранием и регистрации в торговом реестре. Однако это правило не действует, если имущественные объекты приобретаются в рамках текущей деятельности общества, в ходе принудительного исполнения или на бирже (§ 52).

По праву Франции к сделкам с заинтересованностью относятся:

– соглашения, заключаемые непосредственно или через подставное лицо, между товариществом и его генеральным директором, заместителем генерального директора, администратором (в товариществе с трёхзвенной системой органов управления - членом директората или наблюдательного совета) или же акционером, имеющим более 10% прав голоса, а также такого рода соглашения, в которых кто-либо из указанных выше лиц имеет опосредованный интерес (абз. 1, 2 ст. L.225-38, абз. 1, 2 ст. L.225-86 ФТК);

– соглашения между товариществом и предприятием, если генеральный директор, его заместитель или администратор товарищества (в товариществе с трёхзвенной системой органов управления – член директората или наблюдательного совета) является собственником, участником с неограниченной ответственностью, управляющим, администратором, членом наблюдательного совета или, в целом, руководителем этого предприятия (абз. 3 ст. L.225-38, абз. 3 ст. L.225-86 ФТК);

– в товариществах, ценные бумаги которых допущены к обращению на регулируемом рынке, – сделки самого товарищества (или любого контролируемого или контролирующего товарищества) с их председателями, генеральными директорами или заместителями генеральных директоров (в товариществе с трёхзвенной системой органов управления – с членами директората), предусматривающие условия о вознаграждениях, возмещениях или преимуществах, которые причитаются или могут причитаться последним ввиду прекращения или изменения этих должностных обязанностей или после их выполнения (ст. L.225-42-1, ст. L.225-90-1 ФТК);

– сделки о выплате обществом дополнительных вознаграждений, относимых на счёт эксплуатационных расходов, администраторам за осуществление предоставляемых им обязанностей или полномочий (ст. L.225-46 ФТК).

На заключение названных выше соглашений должно быть получено предварительное разрешение административного совета (в товариществе с трёхзвенной системой органов управления – наблюдательного совета).

К сделкам с заинтересованностью по праву Франции также можно отнести договоры администраторов (в товариществе с трёхзвенной системой органов управления – членов директората или наблюдательного совета), кроме юридических лиц, с товариществом о получении займов, овердрафта, по текущему счёту или иным образом, а также о принятии от него поручительства или авалья, обеспечивающих обязательства указанных лиц с третьими сторонами. По общему правилу совершать такие договоры запрещено под угрозой их недействительности. Этот же запрет распространяется на генерального директора, на заместителей генерального директора и на постоянных представителей юридических лиц, являющихся администраторами (в товариществе с трёхзвенной системой органов управления – на постоянных представителей юридических лиц, являющихся членами наблюдательного

совета). Он также распространяется на супруга, на родственников указанных лиц по восходящей и нисходящей линиям, равно как и на любое подставное лицо (ст. L.225-43, ст. L.225-91 ФТК).

Таким образом, в России и зарубежных странах приняты разные подходы к регулированию конфликта интересов в акционерных обществах.

В России для решения проблемы конфликта интересов используется институт сделок с заинтересованностью, положения которого во многом заимствованы из англо-американского права.

Кардинальное изменение концепции законодательного регулирования конфликта интересов в акционерных обществах в России, как представляется, вряд ли целесообразно. Тем не менее, повышению эффективности института сделок с заинтересованностью может способствовать его совершенствование путем критического заимствования положительного опыта зарубежных стран. Кроме того, важно верное понимание используемых российским законодателем терминов, таких, как «сделка, в совершении которой имеется заинтересованность», «заинтересованность», «заинтересованное лицо».

Библиографический список.

Габов А.В. Сделки с заинтересованностью в практике акционерных обществ: проблемы правового регулирования. – М.: Статут, 2005 г. – 412 с.

Дедов Д.И. Конфликт интересов. – М.: ВолтерсКлувер, 2004. – 288 с.

Дмитриев А.В., Кудрявцев С.В., Кудрявцев В.Н. Введение в общую теорию конфликтов: Юридическая конфликтология. Монография. Ч. 1. Отв. ред.: Кудрявцев В.Н. – М.: ИНИОН РАН, 1993. – 212 с.

Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты = Aktiengesetz. Paralleler russischer und deutscher Text / Предисл. В. Бергманн ; науч. ред. и алф.-пр. ук. на рус. яз. Т.Ф. Яковлева; пер. с нем. и алф.-пр. ук. на нем. яз. Е.А. Дубовицкая. – М.: ВолтерсКлувер, 2009. – 440 с.

Коммерческий кодекс Франции. Перевод с французского / Предисл.: Захватаев В.Н.; Доп.: Захватаев В.Н.; Комментар.: Захватаев В.Н. – М.: ВолтерсКлувер, 2008. – 1272 с.

Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. М.: Статут, 2002. – 205 с.

Петровичева Ю.В. Акционерное законодательство Англии и России. Сравнительно-правовой анализ. Монография. Вступ. ст.: Батлер У.Э. – М.: Норма, 2002. – 240 с.

Полковников Г.В. Английское право о компаниях. Закон и практика: Учебное пособие. – М.: НИМП, 1999. – 240 с.

Сыродоева О.Н. Акционерное право США и России. Сравнительный анализ. – М.: Спарк, 1996. – 112 с.

Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону «Об акционерных обществах» (постатейный), 2004 г., Справочно-поисковая система «КонсультантПлюс».

Interested Party Transactions in Joint Stock Companies under Russian and Foreign law: General Features (Summary)

*Elena V. Kabatova**

*Elena V. Vershinina***

*Anastasia V. Lindo****

In the article we conduct a general comparative research on legal regulation of conflict of interests in joint stock companies in Russia and foreign countries, in particular England, USA, Germany and France. The sources of Russian and Foreign regulation of the matter are defined. The authors also give analysis of terminological distinction in regulation including Russian concepts of interested person, interested party transaction; as well as the notions used in English and American law: “conflict of interests”, “director’s conflicting interest transaction” respectively. The main types of interested party transactions under German and French company law are likewise introduced.

Key words: interested party transactions; Joint Stock Company; foreign law; comparative analysis; conflict of interests.

* Elena V. Kabatova – associate professor of the Chair of Private International and Civil law, MGIMO-University MFA Russia.

** Elena V. Vershinina – associate professor of the Chair of Private International and Civil law, MGIMO-University MFA Russia. privintl@mgimo.ru.

*** Anastasia V. Lindo – post-graduate student of the Chair of Private International and Civil law, MGIMO-University MFA Russia. anastasia.lindo@mail.ru.

Законодательное регулирование вещных прав в КНР: сравнение с российским правом

*Медведев А.В.**

Статья посвящена анализу Закона КНР о вещных правах, который сравнивается в основных положениях с соответствующим российским законодательством (в основном, Гражданским кодексом РФ). В статье рассматриваются следующие правовые институты: вещные права и способы их защиты, вещные обеспечительные права/их реализация (залог, удержание), право собственности (понятие, виды), владение.

В настоящее время китайское гражданское право активно развивается. Регулярно принимаются новые законодательные акты. Закон КНР о вещных правах вместе с некоторыми другими нормативно-правовыми актами (Общие положения гражданского права, законы о договорах, о ценах, об обеспечении исполнения обязательств, о внешней торговле, об арбитраже и др.) призваны создать юридическую базу для развития рыночной экономики. Большинство из указанных актов, несомненно, однажды сформируют основу для принятия Гражданского кодекса Китая.

Статья может быть полезна практикующим юристам, работающим с китайским гражданским правом, а также использована для научных целей, так как рассматривает один из основных китайских гражданско-правовых законов в сравнении с соответствующими российскими нормативными актами, выявляет сходства, различия, преимущества и недостатки в нормативном регулировании затронутых в ней вопросов в двух правовых системах.

Ключевые слова: китайское гражданское право; вещные права; вещные обеспечительные права; право собственности; договор.

В настоящее время гражданское право КНР продолжает активно развиваться, внося свой вклад в построение эффективной модели социально-рыночных отношений в Китае – одном из наиболее динамично развивающихся государств. Данный этап представляет особый интерес для исследования, так как на нем закладывается фундамент

* Медведев Александр Владимирович – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ.

регулирования указанной отрасли права, формируются ее основные институты. В проводимых в КНР экономических преобразованиях гражданское право играет существенную роль, оно фактически «задает тон» в правовой реформе, развертывающейся в Китае¹.

В настоящей статье хотелось бы подробнее остановиться на сравнительно недавно принятом Законе КНР – о вещных правах. Закон КНР о вещных правах (далее – Закон) был принят 5-й сессией ВСНП десятого созыва 16.03.2007 г. и вступил в силу с 01.10.2007 г.² Данный Закон, несомненно, призван сыграть значительную роль в развитии гражданского права и правовом регулировании торгового оборота в Китае, обеспечить дополнительные гарантии прав его участников. Как говорится в его ст. 1, он разработан в целях поддержания основной экономической системы государства, порядка социалистической рыночной экономики, точного определения принадлежности вещей, выявления их полезности, защиты вещных прав правообладателей. Автор считает целесообразным рассмотреть наиболее существенные нормы этого Закона в сравнении с аналогичными положениями российского права.

В первую очередь, необходимо остановиться на понятиях «вещи» и «вещные права» в соответствии с указанным Законом. Согласно ст. 2 Закона, понятие «вещи» включает недвижимое и движимое имущество, а понятие «вещные права» означает права правообладателя согласно закону непосредственно распоряжаться и господствовать над определенными вещами, включая право собственности, вещные сервитутное и обеспечительное права. К фундаментальным положениям Закона относится норма его ст. 4, согласно которой вещные права государства, коллективов, частных лиц и прочих правообладателей охраняются законом, никаким организациям и частным лицам не разрешается их нарушать.

Следует отметить, что в КНР, как и в России (ст. 131 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), ст. 4 Закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» № 122-ФЗ от 21.07.1997 г.), возникновение, изменение, переход и прекращение вещных прав на недвижимое имущество подлежат государственной регистрации и только после указанной регистрации становятся действительными, если иное не предусмотрено законодательством (ст.ст. 6, 9

¹ Пашенко Е.Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право. М.: Спарк, 1997. С. 5.

² Закон КНР о вещных правах опубликован 20.03.2007 г. в Жэньминь жибао.

Закона). В то же время возникновение и переход вещных прав на движимое имущество происходит согласно соответствующим законодательным установлениям (ст. 6 Закона).

Вопросу возникновения и перехода вещных прав на движимое имущество посвящен параграф 2 главы 2 данного Закона. В качестве общего правила, по аналогии с правом РФ (ст. 223 ГК РФ), статья 23 Закона устанавливает, что возникновение и переход вещных прав на движимое имущество происходит после его передачи, если иное не предусмотрено законом. Интересна норма ст. 25 Закона, направленная на упрощение торгового оборота, согласно которой если правообладатель владеет согласно закону движимым имуществом до возникновения и перехода вещных прав на него, вещные права возникают с момента совершения сделки.

Особое внимание уделяется в Законе вопросу защиты вещных прав, которому посвящена глава 3 части 1 (ст.ст. 32-38). Согласно указанным положениям, существуют следующие способы защиты вещных прав, которые могут применяться отдельно либо в сочетании в зависимости от обстоятельств нарушения:

- 1) примирение, посредничество, арбитраж, обращение в суд;
- 2) признание прав;
- 3) возвращение вещи;
- 4) устранение нарушений или угрозы нарушений;
- 5) ремонт, повторное создание, замена или восстановление;
- 6) возмещение убытков.

Если же нарушение вещных прав влечет за собой нарушение административных установлений, то помимо гражданско-правовой ответственности надлежит согласно закону нести административную ответственность, а в случае наличия состава преступления – уголовную. Во многом аналогичные способы защиты гражданских прав (к которым относятся и вещные права) содержатся в ст. 12 ГК РФ.

Наибольшее внимание в Законе уделяется регулированию права собственности. Ему посвящена вся часть 2, состоящая из 77 статей, сгруппированных в 6 глав. Логика китайского законодателя понятна – право собственности, вероятно, наиболее важное и часто встречающееся из всех вещных прав. Так в договоре купли-продажи (пожалуй, основном договоре, используемом в торговом обороте) продавец, как правило, обладает правом собственности на продаваемый товар, что позволяет передать покупателю максимальный объем необходимых ему

прав на этот товар³. В КНР продавец обязан по договору купли-продажи передать покупателю товар и право собственности на него. Китайские юристы подчеркивают, что указанные обязанности являются основными для продавца, так как, по сути, непосредственной целью всей сделки купли-продажи для покупателя как раз и является получение товара и права собственности на него⁴.

Содержание права собственности в Законе (ст. 39) традиционно раскрывается через полномочия собственника, который обладает правами владения, пользования, извлечения выгоды, распоряжения своим недвижимым или движимым имуществом. Особое внимание следует обратить на право извлечения выгоды. В российском законодательстве такого правомочия собственника отдельно не предусмотрено, хотя оно, очевидно, подразумевается (ст. 209 ГК РФ).

В соответствии со ст. 45 Закона, имущество, относящееся к государственной собственности, является собственностью государства, то есть общенародной собственностью. Государственный совет представляет государство при реализации права собственности на государственное имущество, если иное не предусмотрено законом. В ст. 46-52 приводится перечень объектов государственной собственности (например, недра, воды, морские зоны, радиочастотные ресурсы и др.). Полномочиями собственника в отношении указанных объектов, находящихся в их непосредственном управлении, наделяются государственные органы и созданные государством хозяйственные единицы (ст. 53, 54 Закона). В развитие вышеупомянутых положений ст. 4 Закона, предусматривается, что государственное имущество охраняется законом, никаким организациям и частным лицам не разрешается захватывать его, тратить, портить, делить между собой либо распределять иным образом (ст. 56).

В отличие от китайского Закона, ГК РФ (ст. 214) предусмотрено разделение государственной собственности на федеральную (принадлежащую на праве собственности Российской Федерации) и собственность субъекта Российской Федерации (принадлежащую на праве собственности субъекту Российской Федерации). Кроме того, в России, как

³ См. ст. 132 Закона КНР о договорах // Чжунхуа жэньминь гунхэго фадянь (Юридический ежегодник КНР). Чанчунь: Цзилинь жэньминь чубаньшэ, 2000. Т. 2: 1995-1999 гг. С. 2583-2584.

⁴ Миньфасюэ (Сборник гражданского права КНР) / Под ред. Ши Цичао и Сюй Дэфэна. Пекин: Изд-во Пекинского Университета, 2002. С. 385-386.

известно, существует институт муниципальной собственности, к которой относится имущество, принадлежащее на праве собственности городским и сельским поселениям, а также другим муниципальным образованиям (ст. 215 ГК РФ). В остальном регулирование данного вопроса в обеих странах носит идентичный характер.

Отдельно в Законе также приводится перечень имущества, которое может быть объектом коллективной собственности (ст. 58). В отношении данного вида имущества ст. 63 предусмотрены аналогичные упомянутым нормам статей 4 и 56 требования его охраны.

В условиях рыночного хозяйства, пожалуй, наиболее важное значение имеет четкое регулирование вопросов частной собственности. Согласно ст.ст. 64–66 Закона, частные лица обладают правом собственности на законные доходы, жилье, предметы повседневного использования, орудия труда, исходные материалы и прочее недвижимое и движимое имущество. Указанные права, наряду с правом наследования и другими законными правами и интересами частных лиц, охраняются законом. Никаким организациям и частным лицам не разрешается захватывать, портить имущество частных лиц, принадлежащее им на законных основаниях.

Следует отметить, что предприятия как юридические лица в соответствии с законом, административными установлениями, а также уставами обладают всеми правомочиями собственника в отношении своего недвижимого и движимого имущества (ст. 68 Закона). Кроме того, недвижимое и движимое имущество, законно находящееся в собственности общественных организаций, также охраняется законом (ст. 69 Закона).

Право собственности граждан и юридических лиц в России также гарантируется как Конституцией РФ (ст.ст. 9, 35, 36), так и ГК РФ (ст. 213).

Характерны для Китая положения о принципах соседских отношений субъектов прав на недвижимое имущество, содержащиеся в главе 7 части 2 Закона, в которых нормы морали (такие, например, как справедливость) возведены в закон. Данные положения, возможно, будут предметом отдельного исследования автора.

Отдельная глава Закона посвящена вопросам регулирования общей собственности, которая, по аналогии с Россией (ст. 244 ГК РФ), делится на долевую и совместную (ст. 93 Закона). При этом согласно ст.ст. 94, 95 Закона, участники общей долевой собственности обладают правом

собственности соразмерно их долям, а участники совместной – сообща (т.е. без определения конкретной доли каждого). Важное положение содержится в ст. 98 Закона, согласно которой расходы по управлению вещами и прочие обременения распределяются в соответствии с соглашением общих собственников, а при его отсутствии либо неясности участники общей долевой собственности несут расходы соразмерно своим долям, а участники общей совместной собственности – совместно. Статьей 249 ГК РФ также предусмотрено, что участники долевой собственности несут расходы по ее содержанию соразмерно своим долям.

Известен Китаю институт преимущественного права покупки на равных условиях по сравнению с третьими лицами доли участника общей долевой собственности, которое принадлежит остальным участникам общей собственности (ст. 101 Закона). Аналогичное правило предусмотрено и ст. 250 ГК РФ. Интересные положения содержатся в ст.ст. 103, 104 Закона. Установлено, что при отсутствии между участниками общей собственности соглашения (либо его неясности) относительно того, какой является общая собственность – долевой или совместной, такая собственность считается долевой, за исключением наличия семейных отношений между сособственниками. При отсутствии (неясности) соглашения между участниками общей долевой собственности доли определяются соответственно размеру капиталовложений каждого собственника, а в случае невозможности точно установить размеры таких вложений доли признаются равными.

Согласно ст. 244 п. 3 ГК РФ, общая собственность на имущество является долевой, за исключением случаев, когда законом предусмотрено образование совместной собственности на это имущество (например, ст. 33 Семейного кодекса РФ, ст. 4 Закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» № 66-ФЗ от 15.04.1998 г.). Аналогичные китайским положения о порядке определения долей в праве долевой собственности установлены в ст. 245 ГК РФ.

Часть 3 Закона (главы 10-14) посвящена вещному сервитутному праву. Статьей 117 предусмотрено, что обладатель указанного права владеет, пользуется, а также имеет право извлечения выгоды в отношении имущества, находящегося в собственности другого лица. Так организации и частные лица могут законно владеть, пользоваться, извлекать выгоду из природных ресурсов, находящихся в государственной

собственности либо находящихся в государственной собственности и используемых коллективами, а также относящихся согласно закону к коллективной собственности. При этом, что важно, обладатель указанных сервитутных прав при их реализации обязан строго соблюдать положения законодательства относительно охраны и рационального использования природных ресурсов, а собственник не должен препятствовать реализации этих прав (ст.ст. 118, 120 Закона).

Сервитутные права в РФ регулируются ст.ст. 274-277 ГК РФ, ст. 23 Земельного кодекса РФ. В соответствии с указанными нормами, собственник недвижимого имущества вправе требовать от собственника соседнего участка предоставления права ограниченного пользования этим участком. Кроме того, сервитутом могут обременяться здания, сооружения и другое недвижимое имущество, ограниченное пользование которым необходимо вне связи с пользованием указанным земельным участком. Сервитуты бывают частные и публичные. Таким образом, налицо различие в регулировании этого вопроса в двух странах: в китайском праве вещное сервитутное право предоставляет его обладателю большие полномочия в отношении используемого имущества.

Значительное внимание уделяется в Законе вещному обеспечительному праву, о чем свидетельствует объем части 4 – 70 статей. Такое внимание вполне оправдано, потому что данный правовой институт играет большую роль в нормальном функционировании торгового оборота, гарантирует права кредиторов, дисциплинирует стороны договорных отношений в плане надлежащего исполнения обязательств.

Определение вещного обеспечительного права содержится в ст. 170 Закона. Обладатель вещного обеспечительного права, если иное не предусмотрено законодательством, при неисполнении должником своего обязательства в установленный срок либо при возникновении обстоятельств, предусматривающих реализацию такого права по договору сторон, согласно закону обладает правом первоочередного удовлетворения своих требований за счет имущества, выступающего в качестве обеспечения. Порядок заключения/действия договора об обеспечении содержится в ст. 172 Закона. При установлении вещного обеспечительного права стороны заключают договор об обеспечении, который является дополнительным по отношению к основному (допускается, видимо, и внесение условия об обеспечении в текст основного договора). При этом недействительность основного договора влечет и недействительность договора об обеспечении, если иное

не предусмотрено законодательством. При признании договора об обеспечении недействительным по вине должника, поручителя, кредитора они должны нести гражданскую ответственность соразмерно степени своей вины.

В российском праве не содержится общего определения вещного обеспечительного права. В ГК РФ приводится перечень способов обеспечения исполнения обязательств (глава 23 части 1), которые подробно рассматриваются. При этом так же, как и в китайском Законе, предусматривается, что недействительность основного обязательства влечет за собой и недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено законом (ст. 329 п. 3).

Существенная гарантия законных интересов обладателя вещного обеспечительного права содержится в ст. 174 Закона, согласно которой в случае порчи, гибели или изъятия предоставленного в обеспечение имущества в течение срока обеспечения обладатель таких прав может в приоритетном порядке получить страховое и иные виды возмещения. Если срок действия вещного обеспечительного права не истек, допускается депонирование указанных средств (например, в депозит нотариуса или банка). В соответствии со ст. 177 Закона, вещное обеспечительное право прекращается в следующих случаях:

- а) прекращение основного требования;
- б) реализация вещного обеспечительного права;
- в) отказ кредитора от вещного обеспечительного права;
- г) в иных случаях, установленных законодательством.

Основными видами вещных обеспечительных прав, согласно Закону, являются залог (главы 16, 17) и удержание (глава 18). Данные виды обеспечения будут более подробно рассмотрены далее. Согласно ст. 179 Закона, если должник либо третье лицо (залогодатель) для обеспечения исполнения обязательства выделяют кредитору (залогодержателю) имущество без передачи права владения им, то при неисполнении должником обязательства в срок или при возникновении установленных договором сторон обстоятельств, предусматривающих реализацию права залога, кредитор может в первоочередном порядке удовлетворить свое требование за счет данного имущества. Имущество, которое может быть предметом залога, указано в ст.ст. 180, 181 Закона. В свою очередь, ст. 184 предусмотрено имущество, которое не может выступать предметом залога. Законом (ст. 185), как и правом РФ (ст. 339 ГК РФ), предусмотрена обязательная письменная форма

договора залога. При этом особенности государственной регистрации и вступления в силу договоров залога некоторых видов имущества указываются в ст.ст. 187-189 Закона.

В отличие от норм Закона, указанной главой ГК РФ предусмотрен более широкий перечень способов обеспечения обязательств: неустойка, залог, удержание, поручительство, банковская гарантия, задаток. Однако из этого не следует, что в Китае используются только вышеназванные виды обеспечительных прав (способы обеспечения обязательств). Упомянутые в ГК РФ способы обеспечения обязательств существуют и в КНР – они регулируются другими законодательными актами, действующими в данной области (основной из них – Закон КНР об обеспечении исполнения обязательств⁵).

Интересная норма содержится в ст. 190 Закона, согласно которой если до заключения договора о залоге закладываемое имущество было передано в аренду, право залога не влияет на арендные отношения. В случае же когда указанное имущество передается в аренду после возникновения права залога, устанавливается, что арендные отношения не должны препятствовать зарегистрированному праву залога. Необходимо обратить внимание на порядок передачи права залога: ст. 192 Закона предусмотрено, что право залога не может быть передано отдельно от права требования либо использоваться для обеспечения иных требований. При передаче права требования одновременно передается право залога, обеспечивающее данное требование (если иное не установлено законодательством или соглашением сторон).

Важное положение закреплено в ст. 193 Закона. Если стоимость заложенного имущества может уменьшиться из-за действий залогодателя, залогодержатель вправе потребовать от последнего прекращения соответствующих действий. Если же указанная стоимость все-таки уменьшилась, то залогодержатель может потребовать ее восстановления либо предоставления дополнительного обеспечения в размере доли уменьшения, в противном случае залогодержатель вправе потребовать от должника исполнения обеспеченного залогом обязательства.

Механизм реализации заложенного имущества при неисполнении должником своих обязательств либо в случае возникновения установленных договором сторон обстоятельств, предусматривающих

⁵ Принят на четырнадцатой сессии ПК ВСНП восьмого созыва 30.06.1995 г. и вступил в силу с 01.10.1995 г. Подробнее см.: Чжу Наньпин. Залог движимого имущества по законодательству России и Китая (сравнительно-правовой анализ). М.: Статут, 2004.

реализацию права залога, установлен в ст. 195 Закона. В указанном случае залогодержатель по договоренности с залогодателем может в первоочередном порядке удовлетворить свое требование путем продажи заложенного имущества с торгов, реализации иным законным способом, при этом необходимо учитывать интересы прочих кредиторов, которые могут обжаловать данную договоренность в суде (срок исковой давности один год). В случае недостижения сторонами договоренности о способах реализации заложенного имущества, залогодержатель имеет право обратиться в суд с требованием продажи этого имущества с торгов, реализации иным законным способом.

Статьей 349 ГК РФ предусмотрены более строгие правила по обращению взыскания на заложенное недвижимое имущество, которое осуществляется либо по решению суда, либо на основании соглашения залогодателя с залогодержателем в специальном порядке, предусмотренном ст. 55 Закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» № 102-ФЗ от 16.07.1998 г. Реализация права залога на движимое имущество без обращения в суд возможна, если иное не предусмотрено законом на основании соглашения между залогодателем и залогодержателем. Там же устанавливается перечень случаев, когда обращение взыскания на заложенное имущество может осуществляться только на основании решения суда. Аналогично КНР, основным способом реализации заложенного имущества является его продажа с публичных торгов (ст. 350 ГК РФ, ст. 56 Закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» № 102-ФЗ от 16.07.1998 г., ст. 28.1. Закона «О залоге» № 2872-1 от 29.05.1992 г.).

Следует обратить особое внимание на положение ст. 195 Закона, согласно которому реализация заложенного имущества должна производиться с учетом рыночных цен. Представляется, что на практике стороны/суд сталкиваются здесь с теми же сложностями, которые существуют в аналогичных случаях в России. Главная проблема, как правило, заключается в том, как определить понятие рыночных цен, которые, к тому же, иногда подвержены довольно сильным изменениям. Определенный интерес представляет практическое применение данной нормы Закона – возможно, это будет темой отдельного исследования автора.

Китайский законодатель выделил в отдельные параграфы главы 17 Закона нормы о залоге движимого имущества и залоге прав. К данным видам залога применяются как вышеизложенные общие правила, так

и некоторые специфические, которые будут рассмотрены автором далее. Так обращается особое внимание на то, что движимое имущество, передача которого запрещена законом или иными нормативно-правовыми актами, не может выступать предметом залога (ст. 209).

Следует отметить, что в России отдельным законом регулируется вопрос о залоге недвижимости – Законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)» № 102-ФЗ от 16.07.1998 г. Общие правила ГК РФ о залоге применяются к ипотеке в части, не противоречащей указанному Закону.

Важное право залогодержателя предусмотрено ст. 213 Закона, согласно которой залогодержатель, если иное не установлено договором, может извлекать плоды из заложенного имущества, что позволяет не исключать данное имущество из общехозяйственного оборота, а это объективно действует в интересах обеих сторон и всей экономики в целом. Также важно, что если в течение срока действия залога залогодержатель без согласия залогодателя причиняет последнему убытки из-за самовольного использования и распоряжения заложенным имуществом, то он обязан нести ответственность по их возмещению (ст. 214). Возмещению также подлежат убытки, понесенные залогодателем в результате повреждения, утраты заложенного имущества из-за его ненадлежащего содержания залогодержателем, на котором лежит обязанность по поддержанию в сохранности находящегося у него заложенного имущества. Если по вине залогодержателя возникает вероятность повреждения или утраты заложенного имущества, то залогодатель может потребовать от залогодержателя депонировать данное имущество либо возвратить его при условии одновременного досрочного исполнения обязательства (ст. 215).

Если по причине, не связанной с залогодержателем, возможна утрата заложенного имущества либо явное понижение его стоимости из-за чего права и интересы залогодержателя могут быть нарушены, то последний вправе потребовать от залогодателя предоставления надлежащих гарантий, в противном случае залогодержатель может продать заложенное имущество с торгов, реализовать его иным способом, при этом он должен заключить с залогодателем соглашение о направлении вырученной суммы на досрочное погашение долга или депонировании ее (ст. 216 Закона).

Гарантия сохранности имущества залогодателя, находящегося в силу залога у залогодержателя, содержится в ст. 217 Закона, которая предусматривает обязанность залогодержателя возместить убытки

залогодателя в случае, если в течение срока действия залога залогодержатель без согласия залогодателя изменяет природу заложенного имущества, причиняет ему повреждения или утрачивает его. Таким образом, очевидно стремление китайского законодателя обязать залогодержателя относиться к заложенному имуществу (фактически чужому) как к своему собственному, с должной степенью осторожности и внимательности, добросовестно хранить его и не допускать ненадлежащего использования. При исполнении обеспеченного залогом обязательства залогодатель обязан возвратить заложенное имущество (ст. 219).

Статья 343 ГК РФ также накладывает на залогодержателя (в случае если заложенное имущество находится у него и иное не предусмотрено законом или договором) ряд строгих обязательств по обеспечению сохранности имущества (включая обязательное страхование от рисков утраты и повреждения).

Отдельно необходимо остановиться на залоге прав. Данный вид залога, несомненно, играет положительную роль в развитии торгового оборота, так как зачастую залог прав более прост в оформлении, последующей реализации и, следовательно, предоставляет сторонам более широкий оперативный простор для принятия бизнес-решений и их дальнейшего исполнения. Перечень прав, которые могут передаваться в залог, приведен в ст. 223 Закона (например, переводные и простые векселя, чеки, облигации, складские свидетельства, коносаменты и др.). Механизм передачи в залог указанных прав (форма договора, порядок вступления в силу права залога и его реализации) приводится в ст.ст.224, 226-228.

Статья 336 ГК РФ также предусматривает возможность залога имущественных прав (требований), за исключением требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности, требований об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом. Следует отметить, что в КНР устанавливается перечень прав, которые могут быть предметом залога, тогда как в России, наоборот, заложены могут быть любые права, кроме запрещенных законом. Налицо более либеральный подход российского законодателя к этому вопросу. Возможно, в будущем законодательство Китая также будет развиваться в этом направлении, так как, по мнению автора, это обосновано и продиктовано логикой развития рыночных отношений.

Особое внимание хотелось бы обратить на положения ст. 225 Закона. В случае если дата исполнения либо получения товара, указанная в переводном или простом векселе, чеке, облигации, складском свидетельстве, коносаменте, предшествует сроку основного требования, залогодержатель может получить исполнение или товар, при этом он должен заключить с залогодателем соглашение о направлении сумм, вырученных от исполнения или получения товара, на досрочное погашение долга либо в депозит.

Еще одним видом вещных обеспечительных прав, согласно Закону, является удержание (глава 18). В соответствие со ст. 230, в случае неисполнения должником обязательства в срок кредитор может удерживать имущество должника, находящееся в законном владении кредитора, а также вправе в первоочередном порядке удовлетворить свое требование за счет этого имущества. При этом кредитор именуется лицом, удерживающим имущество, а находящееся во владении движимое имущество – удерживаемым имуществом. Следует отметить, что не всякое имущество, находящееся во владении кредитора, может быть предметом удержания: в частности, им не может быть имущество, которое не подлежит удержанию согласно законодательству либо соглашению сторон (ст. 232 Закона).

Особое внимание обращается законодателем на то, что если удерживаемое имущество является делимым, то его стоимость должна равняться размеру обязательства (ст. 233). Данное правило, несомненно, направлено на предотвращение злоупотреблений со стороны кредитора. По аналогии с положениями о залоге движимого имущества (ст. ст. 213, 215 Закона), устанавливается обязанность по обеспечению лицом, удерживающим имущество, сохранности данного имущества и ответственность за возможные при этом убытки (ст. 234), а также указанное лицо наделяется правом на извлечение из данного имущества плодов (ст. 235).

Интересен механизм реализации права удержания, закрепленный в ст. 236 Закона. После того, как имущество стало объектом удержания, лицо, удерживающее имущество, и должник обязаны заключить соглашение о сроке исполнения обязательства. Если стороны не смогли заключить такое соглашение либо при его неясности, должнику предоставляется не менее чем двухмесячный срок для исполнения обязательства (за исключением случаев, когда объектом удержания являются скоропортящиеся натуральные продукты и прочее движимое

имущество, сохранность которого нельзя обеспечить в течение такого срока, – в таком случае обязательство должно быть исполнено в более короткие, соответствующие конкретной ситуации сроки). В дальнейшем при просрочке должником исполнения обязательства лицо, удерживающее имущество, может по соглашению с должником (либо в судебном порядке при невозможности заключения такого соглашения) продать удерживаемое имущество с торгов, реализовать его иным законным способом. При этом полученные суммы в первую очередь направляются на погашение долга. Что важно, китайский законодатель в данной статье придерживается того же принципа, что и в вопросе реализации заложенного движимого имущества (ст. 219 Закона), – реализация удерживаемого имущества должна проводиться с учетом рыночных цен.

Интересно, что ст. 239 Закона предусматривает преимущественное право лица, удерживающего имущество, на удовлетворение своих требований, если это имущество находится еще и в залоге у третьего лица. Таким образом, очевидно, что залог с передачей имущества во владение залогодержателя предоставляет последнему большие гарантии при неисполнении должником обязательства. Следует отметить, что право удержания прекращается, если лицо, удерживающее имущество, лишается права владения им либо получает отдельное обеспечение от должника, при этом в последнем случае имущество должно быть незамедлительно возвращено должнику (ст. 240).

Российский законодатель уделил регулированию данного вопроса гораздо меньшее внимание (ст.ст. 359, 360 ГК РФ). Следует отметить, что если общее понятие удержания в принципе аналогично нормам китайского Закона, то, например, ГК РФ не предусмотрено преимущественного права лица, удерживающего имущество, на удовлетворение своих требований, если это имущество находится еще и в залоге у третьего лица. Очевидно, что право залога в данной ситуации может быть реализовано (при наступлении соответствующих условий) в первоочередном порядке.

Отдельно от права собственности в Законе рассматривается такой институт как владение (глава 19 части 5). Согласно ст. 241, если владение возникает в силу договора, то пользование имуществом, извлечение из него выгоды, ответственность сторон регулируются этим договором, а при отсутствии в договоре надлежащих условий (их неясности) применяются соответствующие законодательные установления. В случае

умышленного причинения владельцем вреда имуществу в процессе его использования он обязан нести ответственность по возмещению убытков (ст. 242).

Важное положение содержится в ст. 244, согласно которой если в случае повреждения, гибели находящегося во владении имущества правообладатель требует возмещения убытков, владелец обязан возвратить правообладателю страховое возмещение, а также прочие полученные компенсационные выплаты. При недостатке этих средств для возмещения убытков правообладателя недобросовестный владелец также обязан возместить непокрытые убытки самостоятельно. Также необходимо отметить нормы ст. 245, которые предоставляют гарантии безопасности владения. В случае захвата находящегося во владении имущества владелец вправе потребовать его возвращения; при оказании препятствий владению владелец может требовать их устранения; в случае возникновения убытков, вызванных захватом или причинением препятствий, владелец вправе требовать их возмещения. Если владелец по каким-либо причинам не воспользуется правом требовать возвращения захваченного имущества в течение одного года со дня его захвата, то данное право прекращается.

Следует отметить, что в ГК РФ институт владения не рассматривается отдельно. Статьей 216 предусмотрены вещные права (помимо права собственности), которые включают в себя полномочие владения имуществом:

а) право пожизненного наследуемого владения земельным участком (ст. 265);

б) право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком (ст. 268);

в) сервитуты (ст.ст. 274, 277);

г) право хозяйственного ведения имуществом (ст. 294) и право оперативного управления имуществом (ст. 296).

Более подробно указанные права рассмотрены в отмеченных статьях ГК РФ. Возможно, изучению вопроса их соотношения с правом владения, самостоятельно урегулированным китайским гражданским законодательством, будет посвящено отдельное исследование автора. Пока можно предположить, что по мере развития китайского права в нем также появятся нормы по регулированию аналогичных вещных прав.

В заключение хотелось бы отметить, что рассмотренный Закон КНР о вещных правах, по мнению автора, в целом соответствует общим тенденциям развития современного гражданского права. Также он имеет много общего с законодательным регулированием данного вопроса в праве РФ, хотя и существует несколько заметных различий. Это комплексный нормативно-правовой акт, регулирующий такие важные институты как право собственности, вещные обеспечительные права, владение. Данный Закон, несомненно, окажет позитивное влияние на дальнейшее развитие китайского гражданского права.

Библиографический список.

Закон КНР о вещных правах // Жэньминь жибао, 20.03.2007.

Закон КНР о договорах // Чжунхуа жэньминь гунхэго фадянь (Юридический ежегодник КНР). Чанчунь: Цилинь жэньминь чубаньшэ, 2000. Т. 2: 1995-1999 гг.

Миньфасюэ (Сборник гражданского права КНР) / Под ред. Ши Ци-чао и Сюй Дэфэна. Пекин: Изд-во Пекинского Университета, 2002.

Чжу Наньпин. Залог движимого имущества по законодательству России и Китая (сравнительно-правовой анализ). М.: Статут, 2004.

Пащенко Е.Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право. М.: Спарк, 1997.

The Legal Regulation of the Proprietary Rights in the People's Republic of China: Comparison with Russian Law (Summary)

*Alexander V. Medvedev**

The article is devoted to the analysis of the Law of the People's Republic of China "On proprietary rights" which is compared in the basic points with relevant Russian legislation (mainly Civil Code of Russia). The following legal institutes are considered in the article: proprietary rights and ways of their protection, proprietary security rights/their enforcement (mortgage, retention), ownership right (definition, kinds), possession right.

Currently the Chinese civil law is actively developing. The new legislative acts are regularly adopted. The Law "On proprietary rights" along with several other Chinese laws (General Provisions of the Civil Law, Contracts Law, Prices Law, Security of Performance of Obligations Law, Foreign Trade Law, Arbitration Law etc.) aim to establish the legal basis for market economy development. Most of these acts will definitely form someday the Civil Code of China.

The article may be useful for lawyers working with Chinese civil law and may be used for scientific purposes as well as it reviews one of the basic Chinese civil laws in comparison with similar Russian acts, revealing similar things and differences, advantages and disadvantages in legislative regulation of the considered issues in the two legal systems.

Keywords: Chinese civil law; proprietary rights; proprietary security rights; ownership right; contract.

* Alexander V. Medvedev – post-graduate student of the Chair of International Private and Civil Law, MGIMO-University, MFA Russia.

Отдельные вопросы правового регулирования банковских счетов по праву России и Германии

*Михайлов А.В.**

В рамках статьи осуществляется рассмотрение вопросов, касающихся законов и нормативных актов, регулирующих наиболее узловые проблемы, исполнения и расторжения договора банковского счета, распоряжения денежными средствами на счете, наследования банковского счета по праву России и Германии. Дана сравнительная характеристика правовых режимов различных банковских счетов – счет по вкладу, эскроу-счет, заблокированный счет, совместный счет и т.д. Рассмотрены возможности и пути изменения российского законодательства в части введения соответствующих гражданско-правовых конструкций, которые позволят во многом повысить роль банковского счета в гражданско-правовых отношениях. Освещение проблем подобного рода поможет повысить стандарты банковского обслуживания в России и будет способствовать достижению баланса интересов банков и клиентов.

Ключевые слова: банковские сделки; договор банковского счета; режимы счетов; виды счетов.

Банковская система в рамках современной экономической системы предоставляет своим клиентам многообразные услуги – от традиционных депозитно-ссудных и расчётно-кассовых операций, ведения банковских счетов, определяющих основу банковского дела, до новых форм денежно-кредитных и финансовых инструментов, используемых банковскими структурами.

Одной из основных операций, осуществляемых банками на современном этапе является открытие и ведение банковских счетов клиентов. В связи с этим, рассмотрение отдельных, наиболее узловых и интересных вопросов правового регулирования банковского счета в праве России и Германии, их особенностей, положительных сторон и недостатков в соответствующей правовой системе с целью применения зарубежного опыта при потенциальном введении и применении новых

* Михайлов Александр Валерьевич – ведущий юрисконсульт юридического департамента Центрального банка Российской Федерации. sascham@yandex.ru.

правовых конструкций для обслуживания экономической и хозяйственной деятельности различных субъектов в данной сфере в России.

Основным источником правового регулирования договора банковского счета в Российской Федерации является Гражданский кодекс. Немецкое законодательство в данном вопросе менее единообразно и более разбросано. Источниками правового регулирования банковского счета являются Германское Гражданское Уложение (ГГУ), Германское Торговое Уложение (ГТУ), Закон о кредитном деле (Kreditwesengesetz), общие условия совершения сделок (Allgemeine Geschaeftsbedingungen) различных видов банков, акты банковских союзов и т. д. М. М. Агарков отмечал, что «европейское торговое право не знает систематического законодательного регулирования банковских операций... Торговые кодексы относят банковские операции к числу торговых сделок, но не останавливаются специально на их регулировании».¹

Немецкое право предусматривает заключение договора банковского счета в связке с иной банковской сделкой, совершаемой банком и клиентом, которое также оформляется соответствующим договором в соответствии со статьей 145 ГГУ. При заключении договора и открытии счета клиентом представляется заявление на открытие счета, из которого ясно, следствием какой сделки является открытие данного счета, например счета по вкладу при заключении договора вклада, кредитного счета при заключении кредитного договора, расчетного счета при заключении договора на расчетное обслуживание.

В российском праве достаточно широко ведется дискуссия, которая касается разделения понятий «банковского счета» и иных видов счетов. В частности существуют счета по учету прав на ценные бумаги (счета-депо). Правовой режим этих счетов определяется законодательством о ценных бумагах. Счета по учету прав на драгоценные металлы (так называемые металлические счета ответственного хранения и обезличенные металлические счета). Правовой режим этих счетов определяется специальными актами Центрального банка Российской Федерации, регулирующими операции с драгоценными металлами.² Вышеуказанные счета по нормам российского законодательства банковскими не являются, в связи с чем на практике возникает вопрос о разграничении этих понятий.

¹ Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II с. 138.

² Курбанов А. Я. Разграничение банковских счетов со смежными понятиями: критерии и значения. // Банковское право. – 2007, № 4.

Однако, характеристики и регулирование различных видов счетов в Германии (счета-депо регулируются законодательством о ценных бумагах и т. д.) позволяют сделать вывод о том, что существенные различия между «банковскими счетами» и иными видами счетов в германском праве все же существуют.

В этой связи нельзя также обойти вниманием особые виды счетов, по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами от имени и за счет клиента (в том числе эмитента эмиссионных ценных бумаг при их размещении) или от своего имени и за счет клиента на основании возмездных договоров с клиентом.

Возникающие в связи с этим договорные обязательства оформляются в рамках договоров комиссии, поручения, агентирования или смешанных договоров.

Вступление с клиентами в такие договорные (брокерские) отношения сопровождается открытием банком для каждого из них счета, именуемого на практике брокерским или торговым и используемого для учета торговых и неторговых операций (остатков денежных средств). Учет данных операций, проведенных по поручениям клиента, осуществляется отдельно от операций, совершенных банком-брокером по поручениям других клиентов, а также операций, совершаемых банком за свой счет.

Таким образом, рассмотрение банковского счета через призму его правового регулирования позволяет выявлять как общетеоретические отличия двух правовых систем, так и частные вопросы, присущие каждой из них.

При рассмотрении вопросов заключения договора и открытия банковского счета необходимо принимать во внимание достаточно сложную организацию банковской системы Германии, которая включает в себя различные виды банков, которые разрабатывают собственные «общие условия совершения сделок» (*Allgemeine Geschaeftsbedingungen*).

Действующие в Германии банки можно разделить, в зависимости от вида их деятельности, на универсальные и специализированные банки или, в зависимости от их организационно-правовой формы, на частные коммерческие банки и публично-правовые кредитные учреждения. Различные коммерческо-политические цели, которые в прошлом выступали дополнительным критерием различия между банками, ныне почти утратили это значение.

Возможность отказа в открытии банковского счета без каких-либо условий банком зависит от вида кредитных учреждений. В частности отсутствуют законодательные ограничения на отказ от заключения договора банковского счета для т. н. банков частного права (*privatrechtlich organisierte Banken*). При этом для сберегательных касс федеральных земель соответствующими законами установлен публичный характер указанного договора при его заключении с физическими лицами.³

При этом статья 846 Гражданского кодекса Российской Федерации предусматривает, что банк обязан заключить договор банковского счета с клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на объявленных банком для открытия счетов данного вида условиях, соответствующих требованиям, предусмотренным законом и установленными в соответствии с ним банковскими правилами. Банк не вправе отказать в открытии счета, совершение соответствующих операций по которому предусмотрено законом, учредительными документами банка и выданным ему разрешением (лицензией), за исключением случаев, когда такой отказ вызван отсутствием у банка возможности принять на банковское обслуживание либо допускается законом или иными правовыми актами.

Российскому законодательству, возможно, также следовало бы пойти по пути большей диверсификации регулирования в банковской сфере. В частности целесообразным представляется введение требований к договорно-правовым отношениям в рамках разных видов кредитных организаций и выдаваемых им лицензий, устанавливая более жесткие нормы, такие как конструкция публичности договора банковского счета для банков, работающих с физическими лицами с целью защиты последних. Данная позиция подтверждается также и российскими судебными органами, которые указывают на необходимость защиты прав граждан в отношениях с банками, так граждане в правоотношениях в данной сфере являются экономически слабой стороной.

Процедура открытия разнообразных видов банковских счетов в Российской Федерации достаточно жестко регламентируется на уровне нормативных актов Центрального банка Российской Федерации, в частности, Инструкцией Банка России № 28-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам)». Немецкое право в этом вопросе идет в более диспозитивном русле – процедуры открытия отдельных видов счетов регулируются банковскими союзами,

³ Claussen C. P. / Bank- und Boersenrecht. 3. Auflage – Muenchen.: C. H. Beck, 2008. S. 84.

разрабатываемыми собственными формуляры, используемые для открытия счетов⁴. Данная схема представляется в целом оправданной, развитие экономики в дальнейшем приведет российское право к отказу от чрезмерно жесткого финансово-правового регулирования в сфере открытия счетов и проведения указанной процедуры в плоскость повышения роли концепции воли сторон в этой области.

По вопросу о лицах, распоряжающихся денежными средствами, находящимися на счете нормы российского и немецкого права в целом схожи. Лица, представляющие юридическое лицо на основании учредительных документов, в частности, члены правления акционерного общества, директор общества с ограниченной ответственности и т. д. распоряжаются денежными средствами без наличия доверенности. Счетом физического лица по общему правилу распоряжается собственник, при этом последний может выдать доверенность на распоряжение денежными средствами также иному лицу.

По вопросу о расторжении договора банковского счета по российскому законодательству необходимо отметить, что договор банковского счета расторгается по заявлению клиента в любое время. Данная позиция законодателя основана на том, что договоры банковского счета и банковского вклада по содержанию близки к публичным договорам, характеризующимися экономическим неравенством сторон. В этой связи экономически слабая сторона (клиент) наделяется правом расторгать договор в любое время.⁵

При этом банк может в одностороннем порядке расторгнуть договор лишь в некоторых ситуациях.

При отсутствии в течение двух лет денежных средств на счете клиента и операций по этому счету банк вправе отказаться от исполнения договора банковского счета, предупредив в письменной форме об этом клиента.

Также, договор банковского счета считается расторгнутым по истечении двух месяцев со дня направления банком такого предупреждения, если на счет клиента в течение этого срока не поступили денежные средства.

Одновременно, по требованию банка договор банковского счета может быть расторгнут судом в следующих случаях: когда сумма

⁴ Claussen C. P. / Bank- und Boersenrecht. 3. Auflage – Muenchen.: C. H. Beck, 20 8. S. 84.

⁵ Буркова А. Ю. Закрытие банковских счетов по инициативе банка. // Банковское право. – 2006, № 6.

денежных средств, хранящихся на счете клиента, окажется ниже минимального размера, предусмотренного банковскими правилами или договором, если такая сумма не будет восстановлена в течение месяца со дня предупреждения банка об этом; при отсутствии операций по этому счету в течение года, если иное не предусмотрено договором.

Немецкие законодатели подходят к указанному вопросу несколько иначе. Клиент, являясь стороной по договору банковского счета, также может расторгнуть договор без объяснения причин. Аналогичное право имеет и банк, однако в отношении него существует обязанность заблаговременного извещения клиента о расторжении договора (статья 627 ГГУ). Расторжение договора без уведомления может иметь место при наличии достаточных причин.⁶ Таковыми, например, могут являться указание неверных данных при открытии счета, а также в случаях существенных нарушений условий договоров со стороны клиента.

Также, договор банковского счета по немецкому праву прекращается при начале процедуры банкротства физического или юридического лица.

При наличии отдельных определяющих норм, регулирующих вопросы, связанные с договором банковского счета существуют отдельные виды банковских счетов, используемые в разных экономических обстоятельствах и имеющие свои уникальные особенности регулирования.

Необходимо отметить, что в вопросах разнообразия видов банковских счетов право Германии на современном этапе обладает большим разнообразием, нежели российское.

Важным видом счетов, используемых в сфере обслуживания как физических, так и юридических лиц является счет по вкладу. Правовой режим по «классическому» счету по вкладу по законодательству двух стран имеет незначительные отличия, однако особо интересным представляется конструкция счета по договору так называемого «срочного банковского вклада» (Termingeldkonto, Festgeldkonto). По данному договору досрочное расторжение договора невозможно ни по каким основаниям, каким бы документом не удостоверилось право клиента на вклад⁷. Также, счет по такому вкладу не предусматривает возможности совершения по нему расчетных операций.

⁶ Claussen C. P. / Bank- und Boersenrecht. 3. Auflage – Muenchen.: C. H. Beck, 2008. S. 118.

⁷ Claussen C. P. / Bank- und Boersenrecht. 3. Auflage – Muenchen.: C. H. Beck, 2008. S. 112.

Российское право подходит к вопросу счета по вкладу более мягко. В соответствии со статьей 837 ГК РФ по договору банковского вклада любого вида банк обязан выдать сумму вклада или ее часть по первому требованию вкладчика, за исключением вкладов, внесенных юридическими лицами на иных условиях возврата, предусмотренных договором. Условие договора об отказе гражданина от права на получение вклада по первому требованию ничтожно.

Иными словами, в отношении срочных вкладов, внесенных юридическими лицами, обязанности банка по возврату вклада по первому требованию не наступает. Однако если вклад удостоверен депозитным сертификатом, то юридическое лицо может предъявить сертификат к досрочной оплате, и в соответствии со статьей 844 Гражданского Российской Федерации банк будет обязан его оплатить (с учетом процентов по вкладам до востребования, если иное не будет установлено договором)⁸.

Введение подобного института, позволило бы защитить банки от рисков, которые возникают в связи с правом вкладчика в любое время забрать вклад. Как показывает практика, данная мера также позволила бы повысить процентные ставки по депозитным договорам.

Еще с 2005 года предпринимались попытки внести изменения в законодательство в части введения института безотзывного банковского вклада. Основной новеллой данных законопроектов является правовое определение нового вида банковского вклада – вклада, внесенного на условиях отказа вкладчика от права на получение вклада по первому требованию. Законопроектами излагается в новой редакции пункт 2 статьи 837 Гражданского кодекса Российской Федерации, предусматривающей внесение вклада на условиях отказа вкладчика от права на получение вклада по первому требованию.

На основании действующей редакции данной нормы по договору банковского вклада любого вида банк обязан выдать сумму вклада или часть по первому требованию вкладчика за исключением вкладов, внесенных юридическими лицами на иных условиях возврата, предусмотренных договором. Норма данной статьи на данном этапе предоставляет гражданину, заключившему с банком договор о срочном вкладе, право требовать возврата всей суммы или ее части ранее установленного срока.

⁸ А.Г. Гузнов, В.М. Солодков Управление ликвидностью с помощью депозитных сертификатов. // Банковское право. – 2007, № 6.

Однако на данном этапе законодатели которые считают, что введение безотзывных вкладов может отпугнуть граждан и без того и привести к очередной волне оттока вкладчиков.

Достаточно важным видом банковского счета, используемым в зарубежных правовых системах, является так называемые так называемые блокированные счета (эскроу-счета).

Сторонами договора могут быть как физические, так и юридические лица. В качестве депонента, как правило, выступает должник, в качестве эскроу-агента – уполномоченный банк, нотариус или адвокат, в качестве третьего лица – кредитор по обеспечиваемому обязательству. Предметом договора являются денежные средства или иное имущество, подлежащее передаче кредитору при условии выполнения им встречных обязательств. Содержанием договора эскроу-счета является совокупность прав и обязанностей сторон по открытию и ведению эскроу-счета; осуществлению расчетных операций со средствами только в соответствии с договором эскроу-счета или с солидарным волеизъявлением кредитора и должника; закрытию эскроу-счета при уплате денежных средств кредитору – в случае представления необходимых документов⁹.

Анализ законодательства тех стран, которые являются близкими по своим традициям с российским правом, показал, что в основном для этого используются такие наименования, как «доверительные счета» (Германия), «клиентские счета» (Дания), «номинальные счета» (Голландия).

Основные правовые характеристики блокированного счета по немецкому праву состоит в том, что операции по нему в зависимости от правового режима могут осуществляться при наступлении определенных событий и сроков или при одобрении третьего лица. Достаточно часто подобная форма договора банковского счета используется при осуществлении расчетов по ценным бумагам.

Российские законодатели на данном этапе также рассматривают возможность внесения поправок в законодательные акты. Однако осуществить данные положения планируется путем установления норм о том, что номинальный банковский счет открывается банком клиенту (владельцу счета) для проведения операций только с денежными средствами, не являющимися денежными средствами клиента (владельца счета).

⁹Р. С. Чураков Эскроу-счет по российскому праву. // Закон. – 2007, № 8.

Однако в России решение данного вопроса предполагается в основном с целью минимизации рисков, которые возникают при расчетах по договору купли-продажи недвижимости, погашении ипотечных кредитов и зачислении денежных средств, поступающих по ипотечному покрытию ипотечных ценных бумаг.

Также, необходимо остановиться на правовой конструкции, имеющейся в немецком праве и состоящей в том, что банковский счет может иметь не только одного, но и нескольких собственников. Подобный счет именуется совместным счетом (*Gemeinschaftskonto*). Все владельцы подобного счета несут права и обязанности перед банком и являются его клиентами¹⁰. Клиенты банка несут солидарную ответственность перед банком по обязательствам, возникающим из договора банковского счета. Договор совместного счета имеет две разновидности – «и счет» (*Und-Konto*), а также «или счет» (*Oder-Konto*). При «или счете» каждый собственник счета может распоряжаться денежными средствами, находящимися на счете по отдельности, без необходимости каких-либо действий со стороны других собственников. «И счет» предполагает, что пользование счетом должно происходить только с согласия всех собственников счета. Данная разновидность счетов часто используется супругами при осуществлении платежей и распоряжении денежными средствами, а также при управлении унаследованными денежными средствами.

Введение новых видов банковских счетов в российское законодательство позволило бы, в том числе, расширить количество операций, совершаемых на территории России, повысит ее инвестиционную привлекательность, а также создаст возможности для банков предлагать новые виды услуг как юридическим, так и физическим лицам.

Рассмотрение такой важной категории как банковский счет по праву России и Германии позволяет составить определенное представление и сделать некоторые выводы, касающиеся дальнейшего развития данного института в отечественном законодательстве.

Надлежащее и достаточное правовое регулирование столь значимого института должно соответствовать его общественной значимости и роли в системе правовых отношений, возникающих при осуществлении банковской деятельности.

Достаточно важным является введение в российском праве института «блокированного счета», «совместного счета», «безотзывного

¹⁰ Van Look F. / Aktuelle Rechtsfragen zum Bankkonto. 3. Auflage – Koeln.: 1995. S. 95.

сберегательного счета», появление которых, скорее всего, положительно скажется на вопросах ипотечного кредитования, рынка ценных бумаг, возможностей банков по аккумулярованию денежных средств и иных вопросов, тесно связанных с рынком финансовых и банковских услуг.

Российская банковская система в целом активно использует зарубежный опыт формирования и регулирования банковской системы, в частности – опыт Германии.

Библиографический список.

- Братко А.Г. Банковское право. – М.: ЭКСМО, 2006.
- Буркова А.Ю. Закрытие банковского счета по инициативе банка. // Банковское право – 2006, № 6.
- Витрянский В.В. Договоры банковского вклада, банковского счета и банковские расчеты. – М.: Статут, 2006.
- Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие / Под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М.: 2004.
- Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению: пер. с нем.. Кн. 1. - 2-е изд., доп.. - М.: Волтерс Клувер, 2006.
- Гузнов А.Г., Солодков В. М. Управление ликвидностью с помощью депозитных сертификатов. // Банковское право. – 2007, № 6.
- Ефимова Л.Г. Договор банковского счета. // Банковское право – 2000, № 1.
- Курбатов А.Я. Разграничение банковских счетов со смежными понятиями: критерии и значение. // Банковское право – 2007, № 4.
- Рубанов А. Залог и банковский счет в договорной практике. // Хозяйство и право – 1997, № 9.
- Сарбаш С. В. Договор банковского счета. – М.: Статут, 1999.
- Чураков Р.С. Эскроу-счет по российскому праву. // Закон. – 2007, № 8.
- Adrian R. / Der Bankbetrieb. – Wiesbaden.: Gabler, 1996.
- Avenarius H. / Die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. – Bonn.: 2002.
- Claussen C. P. / Bank- und Boersenrecht. 3. Auflage – Muenchen.: C.H. Beck, 2008.
- Gruneklee S. / Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen. - Baden-Baden.: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.
- Grunewald B. / Gesellschaftsrecht. 3. Auflage – Tübingen.: 1999.

Stein D. Eine Erfolgsgeschichte. // die Bank. - Deutschland, 2005. - № 12.

Van Look F. / Aktuelle Rechtsfragen zum Bankkonto. 3. Auflage – Koeln.: 1995.

Several Questions of Bank Accounts Legal Regulation under the Laws of Russia and Germany (Summary)

*Alexander V. Mikhaylov**

Within the scope of the article consideration of questions, concerning laws and normative acts connected with conclusion, performance and cancellation of a bank account contract, persons authorized to carry out operations with money on the client's account, inheritance of a bank account in Russia and Germany is carried out. The comparative characteristic of various bank account's legal regimes is given – deposit account, escrow account, blocked account, joint account etc. Examples of opportunities and ways to change the Russian legislation regarding introduction of corresponding legal constructions, which will allow raising the role of bank accounts in civil relations in many respects are shown. Looking at problems of this sort will help to improve standards of banking services in Russia and will promote achievement of balance of interests between banks and clients.

Keywords: bank transactions; account contract; modes of accounts; kinds of accounts.

* Alexander V. Mikhaylov – senior legal adviser, Legal department of the Central bank of the Russian Federation. sascham@yandex.ru.

Решение Верховного суда США по делу «Самантар против Юсуфа» и иммунитеты иностранных должностных лиц

*Шаталова С.В.**

Статья посвящена решению Верховного суда США от 1 июня 2010 г. по делу «Самантар против Юсуфа», в котором был авторитетно решен вопрос об источнике правовых норм, регулирующих иммунитеты иностранных должностных лиц в американском праве. До вынесения постановления различные федеральные апелляционные суды США по-разному трактовали вопрос о том, применим ли закон «Об иммунитете иностранных государств» 1976 г. к иностранным чиновникам, действующим в официальном качестве. В результате этой правовой неясности зарубежные правительственные служащие пользовались в американских судах различным объемом иммунитетов в практически идентичных ситуациях. Поскольку постановления Верховного суда обязательны для всех нижестоящих американских судов, дело сомалийского генерала М. Самантара вызвало большой резонанс в юридическом сообществе США, а также в ряде иностранных государств. В статье излагаются различные правовые позиции, которые были представлены суду адвокатами заявителя, ответчиков, правительственными юристами, а также третьими сторонами. Резюмируется аргументация суда и анализируется значение, которое июньское постановление может иметь для дальнейшего развития американского права иммунитетов.

Ключевые слова: юрисдикционные иммунитеты; иностранные официальные лица; общее право; иммунитет главы государства.

Несколько последних десятилетий между федеральными апелляционными судами США шел спор об источнике норм права, регулирующих юрисдикционные иммунитеты иностранных должностных лиц в американских судах. Одни судебные инстанции считали, что данный вопрос должен решаться на основании закона 1976 г. «Об иммунитете иностранных государств» (ЗИИГ)¹, другие – на основе общего права.

* Шаталова Светлана Викторовна – третий секретарь Посольства России в США. tau-russvet@hotmail.com

¹ Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA). Кодифицирован в статьях 1330, 1602 и след. раздела 28 («Судебная система и судопроизводство») Свода законов США.

От ответа на этот, казалось бы, технический вопрос зависело регулирование многих субстантивных проблем: могут ли претендовать на иммунитет отставные чиновники, распространяются ли все исключения, предусмотренные законом 1976 г., на должностных лиц, и наоборот, могут ли существовать изъятия из иммунитетов чиновников, которые отсутствуют в ЗИИГ (например, исключение в отношении нарушений норм *jus cogens*).

1 июня 2010 г. Верховный суд США вынес постановление по делу «Самантар против Юсуфа»², которое может положить конец царившим в прошлом разногласиям. Высшая судебная инстанция страны впервые имела возможность высказаться по поводу того, распространяется ли иммунитет иностранного государства по закону 1976 г. на его должностных лиц, действующих в официальном качестве, и если да, продолжает ли этот иммунитет действовать после того, как лицо покидает свой пост.

Дело дошло до Верховного суда США в результате прошения бывшего высокопоставленного сомалийского генерала М. Самантара. В 1980-1986 гг. (при режиме М. Сиада Барре) он занимал пост министра обороны и вице-президента Сомали, в 1987-1990 гг. – премьер-министра страны. После свержения военной диктатуры в 1991 г. он бежал из страны и в настоящее время проживает в США³.

В ноябре 2004 г. выходцы из Сомали подали гражданский иск против М. Самантара в федеральный окружной суд штата Вирджиния. Генерал обвиняется в том, что, находясь на высокопоставленных правительственных должностях, он санкционировал применение пыток, внесудебных казней и других нарушений прав человека по отношению к гражданскому населению, в первую очередь – к представителям оппозиционного сомалийского клана *иса*. Согласно истцам, в силу своего должностного положения он не мог не знать о злоупотреблениях своих подчиненных. Юридическим основанием для подачи иска

² Mohamed Ali Samantar v. Bashe Abdi Yousuf et Al., Supreme Court of the United States. On writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit. URL: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1555.pdf>.

³ В конце 1970-х гг. США всячески поддерживали режим М. Сиада Барре, рассматривая его в качестве союзника в холодной войне. Сам генерал Самантар неоднократно приезжал в США, где его принимали такие высокопоставленные американские чиновники как вице-президент, госсекретарь, министр обороны, директор ЦРУ и председатель Объединенного комитета начальников штабов.

против М. Самантара послужили законы «О деликтах, совершенных иностранцами»⁴ 1789 г. и «О защите жертв пыток»⁵ 1991 г.

Сразу же после возбуждения дела адвокаты М.Самантара подали в вирджинский суд ходатайство об отклонении иска, ссылаясь на судебный иммунитет бывшего генерала. В этой связи суд приостановил ход судебного разбирательства и обратился в Государственный департамент с просьбой высказать свое мнение по данному вопросу. Несмотря на двухгодичное молчание внешнеполитического ведомства, 1 августа 2007 г. окружной суд вынес постановление о своей некомпетентности рассматривать дело⁶.

При этом суд сослался на закон 1976 г., согласно которому иностранное государство пользуется иммунитетом от юрисдикции американских судов, если только соответствующий иск не подпадает под одно из исключений, перечисленных в этом нормативно-правовом акте.

В самом законе «Об иммунитете иностранных государств» прямо не указывается, относится ли он к иностранным должностным лицам, действующим в официальном качестве. Не дает он и четкого определения термина «иностранное государство». В пункте «а» статьи 1603 ЗИИГ лишь указывается, что этот термин включает политическое подразделение, а также агентство или орган иностранного государства, как те определены в пункте «б». В соответствии с последним «агентство или орган иностранного государства» означает образование: (1) которое является отдельным юридическим лицом, зарегистрированным в корпоративной или другой форме, (2) которое является органом иностранного государства или его политическим подразделением, либо бóльшая часть акций или доля собственности которого находится во владении иностранного государства или его политического подразделения, и (3) которое не имеет национальности США, как то определено

⁴ Alien Tort Statute (ATS). Устанавливает, что федеральные окружные суды обладают юрисдикцией в отношении любых гражданских исков, подаваемых иностранцами в связи с деликтами, совершенными в нарушение норм международного обычного права или международного договора США.

⁵ Torture Victim Protection Act (TVPA). Устанавливает федеральное основание для предъявления гражданского иска (при условии исчерпания внутренних средств правовой защиты) с целью получения компенсации от лица, которое с помощью своей действительной или видимой власти или под предлогом закона иностранного государства совершило пытки или внесудебные казни.

⁶ *Yousuf v. Samantar*, U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, Division of Alexandria, 2007. URL: http://www.cja.org/downloads/Samantar_Opinion_106.pdf.

в пунктах «с» и «е» статьи 1332 данного раздела, и которое не образовано в соответствии с законами любого третьего государства.

Согласно логике окружного суда, поскольку Самантару вменяются в вину действия, совершенные им в официальном качестве, а не по личным мотивам, ответчик подпадает под определение термина «агентство или орган государства» по смыслу ЗИИГ. При этом суд не согласился с аргументом истцов, что генерал явно превысил свои должностные полномочия, поскольку действовал в нарушение норм международного права. Такому выводу, по мнению вирджинских судей, противоречит письмо Переходного федерального правительства (ПФП) Сомали в поддержку Самантара.

В своем постановлении окружной суд основывался главным образом на двух судебных прецедентах: решениях федеральных окружных судов округа Колумбия 2006 г. по делу «Белхас против Ялона»⁷ и южного округа г. Нью-Йорк 2007 г. по делу «Матар против Дихтера»⁸. Оба были впоследствии подтверждены вышестоящими апелляционными судами⁹.

В первом из них американский суд признал наличие иммунитета на основании закона 1976 г. у израильского генерала М. Ялона по иску, касавшемуся бомбардировок гражданского населения в рамках военных акций Израиля против военизированной ливанской организации «Хезболла» в 1996 г.; во втором – у бывшего директора израильской разведки по иску относительно планирования и осуществления бомбардировки жилого квартала в секторе Газа.

Тем не менее, решением от 9 января 2009 г. федеральный апелляционный суд четвертого округа отменил постановление окружного суда в пользу Самантара, заявив, что закон 1976 г. неприменим к отдельным официальным лицам иностранных государств, если те преследуются в личном качестве¹⁰.

Суд при этом признал, что большинство федеральных апелляционных инстанций придерживаются иной точки зрения. Наиболее часто цитируемым в американской судебной практике в этой связи

⁷ *Belhas v. Ya'alon*, 466 F. Supp. 2d 127 (D.D.C. 2006).

⁸ *Matar v. Dichter*, 500 F. Supp. 2d 284 (S.D.N.Y. 2007).

⁹ *Belhas v. Ya'alon*, 515 F.3d 1279 (D.C. Cir. 2008); *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9 (2d Cir. 2009).

¹⁰ *Yousuf v. Samantar*, U.S. Court of Appeals for the Forth Circuit, 8 January 2009, URL: <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/071893.P.pdf>.

является постановление федерального апелляционного суда девятого округа 1990 г. по делу «Чуидиан против Филиппинского национального банка»¹¹.

В нем суд отказался ограничивать сферу применения закона 1976 г. лишь самими иностранными государствами и подведомственными им юридическими лицами, как того требовали В. Чуидиан и Госдепартамент. По мнению судьи Уолласа, «последствия такого ограничения, будь то отказ в иммунитете, как того требует Чуидиан, либо возвращение к применявшемуся до Закона 1976 г. общему праву, как того требует правительство, совершенно не соответствовали бы целям Закона»¹². Последние, как отмечается в постановлении, заключались в лишении Госдепартамента его дискреционных полномочий по решению вопроса об иммунитете, а также во всеобъемлющей кодификации норм общего права об иммунитете иностранных государств.

Более того, непризнание применимости ЗИИГ к чиновникам привело бы, по мнению судьи Уолласа, к «полной отмене иммунитета иностранных государств, поскольку позволило бы истцам обходными путями достигать того, что Закон 1976 г. запретил им делать напрямую»¹³.

С другой стороны, принятие позиции правительства привело бы к своеобразной форме «судебного шопинга»: «Тяжущиеся, не уверенные во влиятельности и дипломатическом мастерстве иностранного государства, с которым они судятся, предпочитали бы подавать иски против чиновников в расчете на поддержку Госдепартамента, тогда как тяжущиеся в менее выгодном положении склонялись бы к подаче исков напрямую против иностранных государств на основании закона, так как суды сами толкуют его без вмешательства Госдепартамента»¹⁴.

Эту логику впоследствии поддержали федеральные апелляционные суды второго¹⁵, шестого¹⁶, пятого¹⁷ округов, а также округа Колумбия¹⁸. В то же время федеральные апелляционные суды седьмого

¹¹ Chuidian v. Philippine National Bank, 912 F.2d 1095 (9th Cir. 1990). URL: openjurist.org/912/f2d/1095/chuidian-v-philippine-national-bank-b-chuidian.

¹² Там же. Пар.45.

¹³ Там же. Пар.46.

¹⁴ Там же. Пар.48.

¹⁵ In Re Terrorist Attacks on September 11, 2001, 538 F.3d 71 (2d Cir. 2008).

¹⁶ Keller v. Central Bank of Nigeria, 277 F.3d 811, 815 (6th Cir. 2002).

¹⁷ Byrd v. Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S.A., 182 F.3d 380, 388 (5th Cir. 1999).

¹⁸ El-Fadl v. Central Bank of Jordan, 75 F.3d 668, 671 (D.C. Cir. 1996).

и отчасти (применительно к главам государств) одиннадцатого округов заняли «диссидентскую» позицию.

Первый в своем постановлении 2005 г. по делу «Энахоро против Абубакара»¹⁹ заявил, что традиционная аргументация противоречит тексту Закона 1976 г. Судья Т. Эванс при этом выразил озабоченность в связи с позицией, занятой большинством его коллег, согласно которым, если закон прямо не исключает физических лиц, то это будто бы означает, что он их включает²⁰.

Еще раньше в постановлении по делу «Йе против Цзэминя» 2004 г.²¹ этот же суд опроверг применимость ЗИИГ к главам государств. Истцами в нем выступали члены религиозно-духовного движения «Фалуьнгун», которые обжаловали репрессивную политику Председателя КНР и Коммунистической партии Китая в отношении последователей учения, включая применение к ним пыток, незаконное заключение под стражу и геноцид.

В октябре 2002 г., накануне официального визита Ц. Цзэмина в США, истцы подали в федеральный суд ходатайство с просьбой разрешить им вручить китайскому главе государства судебную повестку о возбуждении гражданского иска против него самого и Управления по контролю за «Фалуьнгун». Суд удовлетворил их прошение, и тяжущиеся вручили копию иска чикагскому полицейскому, охранявшему Ц. Цзэминя. В отсутствие какой-либо реакции со стороны китайского лидера, они подали в суд очередное ходатайство – на этот раз о регистрации неявки ответчика. На этой стадии в дело вмешался Госдепартамент, заявивший о наличии у Председателя КНР судебного иммунитета и личной неприкосновенности. После этого суд отказался удовлетворять иск.

Федеральный апелляционный суд седьмого округа подтвердил данное решение. По его мнению, ЗИИГ не касается иммунитета иностранных глав государств²², который по-прежнему относится к компетенции исполнительной власти. Госдепартамент недвусмысленно высказал свое мнение о наличии у Ц. Цзэмина иммунитета, и оно является обязательным для суда.

¹⁹ Enahoro v. Abubakar, 408 F.3d 877, 881-82 (7th Cir. 2005). URL: openjurist.org/408/F.3d/877/enahoro-cd-mko-v-abubakar.

²⁰ Там же. Пар.23.

²¹ Ye v. Zemin, 383 F.3d 620 (7th Cir.2004), URL: openjurist.org/383/f3d/620/ye-v-zemin.

²² Там же. Пар.16 постановления.

Апелляционный суд одиннадцатого округа, в свою очередь, заявил о неприменимости ЗИИГ к главам государств в решении по делу «США против Норьеги»²³.

Рассматривая апелляцию Самантара, апелляционный суд четвертого округа пришел к аналогичному выводу²⁴. По мнению судьи Трэкслера, текст и общая структура ЗИИГ говорят о его неприменимости к физическим лицам. Так, например, статья о порядке вручения судебных повесток ответчикам практически дословно повторяет положение Федеральных правил гражданского судопроизводства о вручении судебных повесток организациям.

Подтверждение своей позиции суд нашел и в подготовительных материалах к закону. Так, в докладе профильного комитета Палаты представителей²⁵ США 1976 г. говорится, что фраза «отдельное юридическое лицо» подразумевает «корпорацию, ассоциацию, фонд или любую другую организацию, которая в соответствии с законодательством иностранного государства, в котором она была создана, имеет право от своего имени подавать иски и отвечать по судебным искам, заключать контракты и владеть собственностью».

В заключении судья Трэкслер отметил, что, даже если бы закон 1976 г. был применим к должностным лицам, действующим в официальном качестве, он все равно бы не предоставлял защиту отставным чиновникам. При этом он сослался на решение Верховного суда США 2003 г. по делу «Доул Фуд Корпорейшн против Патриксона»²⁶. Согласно ему статус «агентства или органа иностранного государства» по смыслу закона 1976 г. должен определяться на момент подачи иска, а не на момент оспариваемых событий. Следовательно, если считать, что должностные лица иностранного государства входят в понятие «агентство или орган», их статус также должен определяться на момент начала судебного разбирательства.

На основании вышеперечисленных аргументов апелляционный суд отменил решение окружного суда в пользу Самантара и отправил дело на пересмотр. Не дожидаясь нового решения суда первой инстанции, в июне 2009 г. ответчик подал петицию в Верховный суд об истребовании своего дела в порядке надзора.

²³ United States of America v. Noriega, 117 F.3d 1206 (11th Cir. 1997).

²⁴ Yousuf v. Samantar, U.S. Court of Appeals for the Forth Circuit. P. 16.

²⁵ House of Representatives Report No. 94-1487 (1976).

²⁶ Dole Food Co. v. Patrickson, 538 U.S. 468 (2003).

В петиции заявителя делается упор на то, что в случае вступления в силу постановления апелляционной инстанции, американская судебная система будет завалена исками, оспаривающими правомерность действий иностранных должностных лиц. Это, мол, нанесет урон международным отношениям США, подвергнет риску американских должностных лиц за границей и, помимо прочего, полностью выхлостит закон 1976 г.

Согласно заявителю, ЗИИГ принимался с целью кодифицировать прецедентное право в области иммунитетов иностранных государств. Это право, в свою очередь, исходило из понимания, что «действия официальных представителей государства – это действия самого государства, если они не выходят за рамки делегированных полномочий...»²⁷. Сам Верховный суд США в решении 1918 г.²⁸ пришел к заключению, что действия «должным образом уполномоченного военного командира» являлись, по сути, «действиями легитимного мексиканского правительства».

Признав, что физических лиц можно включить в понятие «агентство или орган иностранного государства», как оно определяется в ЗИИГ, лишь с большой натяжкой, защитники Самантара предложили рассматривать их как неотъемлемую часть самого иностранного государства. Иное толкование закона, по их мнению, лишило бы его всякого смысла, поскольку в таком случае, чтобы обойти его, достаточно было бы просто назвать в качестве ответчика не само иностранное государство, а должностных лиц, с помощью которых оно действовало.

Что же касается бывших чиновников, то ссылка апелляционного суда четвертого округа на якобы прецедентное постановление по делу «Доул Фуд Корпорейшн против Патриксона» некорректна, поскольку, как объяснялось раньше, вышеупомянутое дело касалось статуса агентств или органов иностранных государств, тогда как в настоящей тяжбе речь идет о должностных лицах, являющихся частью самого иностранного государства.

Согласно ответному меморандуму оппонентов Самантара, заявитель попытался искусственно расширить сферу охвата закона «Об иммунитете иностранных государств». При этом ему не на что было опереться в самом тексте закона, формулировки и структура которого явно указывают на его неприменимость к физическим лицам. Поэтому

²⁷ Underhill v. Hernandez, 65 F. 577, 579 (2d Cir. 1895).

²⁸ Oetjen v. Cent. Leather Co., 246 U.S. 297, 303 (1918).

адвокаты Самантара попытались убедить Суд, что, раз Конгресс прямо не запретил распространять его действие на должностных лиц, то он разрешил это.

С их точки зрения, ссылки заявителя на международное право как необходимый «контекст» для интерпретации ЗИИГ, в принципе, безосновательны: американские суды предоставляют иммунитет иностранным государствам на основе вежливости, а не обычного права. В этой связи Конгресс обладает безусловным правом отступить от международно-правовых стандартов.

Вместе с тем даже международное право далеко не всегда приравнивает иммунитет иностранных должностных лиц к иммунитету самих государств. В соответствии с международной практикой чиновники пользуются иммунитетом государства только в тех случаях, когда поданный против них иск затрагивает интересы этой страны (например, если компенсация, которую суд может присудить истцам, должна быть выплачиваться из госказны).

Дело «Самантар против Юсуфа» вызвало большой резонанс в юридических и общественных кругах США, а также в ряде иностранных государств, чьи должностные лица часто становятся мишенью гражданских исков в американских судах. В итоге Верховному суду были представлены полтора десятка заявлений *amicus curiae*²⁹. Наряду с чисто правовыми аргументами, в них излагались исторические, политические и этические доводы в поддержку позиций заявителя или ответчиков.

Только четыре документа от «друзей суда» поддержали позицию Самантара: на его стороне выступили бывшие министры юстиции США, ряд израильских организаций и Саудовская Аравия.

Главный тезис отставных руководителей американского Минюста – судебный иммунитет от иностранной гражданской юрисдикции позволяет представителям исполнительной власти принимать трудные, но необходимые решения, не опасаясь того, что впоследствии им будет грозить ответственность по законодательству иностранных государств.

Минюстовцы раскритиковали тезис о том, что вопрос об иммунитете иностранных должностных лиц должен решаться Госдепартаментом, а не судами. В таком случае предоставление иммунитета американским чиновникам за границей также зависело бы от мнения иностранных правительств. При этом не исключено, что последние

²⁹ Доступны на веб-сайте: http://www.scotuswiki.com/index.php?title=Samantar_v._Bashe_Abdi_Yousuf.

не захотели бы вставать на защиту непопулярных, но необходимых действий американских должностных лиц.

Согласно заявлению *amicus curiae*, подготовленному рядом еврейских организаций, подтверждение Верховным судом постановления в пользу сомалийских истцов спровоцировало бы подачу в американские суды множества необоснованных исков против израильских должностных лиц в рамках т.н. «юридической войны», которая уже давно ведется против Израиля в ряде стран, включая Бельгию, Швейцарию, Новую Зеландию, Великобританию, Данию, Испанию, Голландию, Канаду и США³⁰.

Отдельно в защиту позиции отставного сомалийского генерала выступил «Еврейский конгресс США», согласно которому в деле Самантара апелляционный суд ошибочно анализировал лишь текст и структуру самого ЗИИГ, не учитывая общий контекст международного права.

Между тем, суды многих государств признают, что иски против иностранных чиновников являются «практическим эквивалентом» исков против самих иностранных государств. Так, например, британская Палата лордов в постановлении 2006 г. по делу «Джонс против Саудовской Аравии» признала судебный иммунитет саудовских госслужащих по гражданскому иску, касавшемуся применения пыток. При этом она сослалась на множество иностранных прецедентов и на проекты статей КМП о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Принятая на их основе Конвенция ООН³¹ прямо включает «представителей государства, действующих в этом качестве» в определение термина «государство».

Отмечая, что британский закон «Об иммунитете государств» 1978 г. прямо не говорит о его применимости к должностным лицам, Лорд Бингэм заявил: «Существует, однако, множество авторитетных источников, доказывающих, что в таких случаях иностранное государство вправе требовать иммунитет для своих служащих, как если бы иск был подан против него самого»³².

«Еврейский конгресс США» также провел аналогию с американскими госслужащими, которые защищены от исков в отношении

³⁰ Согласно докладу, опубликованному 12 октября 2009 г. в журнале “The National”, по всему миру против израильских военных и чиновников была подана почти тысяча судебных исков по обвинению в военных преступлениях.

³¹ Принята резолюцией ГА ООН 2004 г. A.Res./59/38. Пока не вступила в силу.

³² Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia), House of Lords, Appellate Committee, 14 June 2006, [2006] UKHL 26. Пар. 10.

правонарушений, совершенных ими при исполнении официальных функций, законом «О реформе гражданско-правовой ответственности федеральных служащих и компенсации за правонарушения» 1988 г. На его основании федеральный апелляционный суд округа Колумбия дважды подтверждал решение нижестоящего суда по делу «Расул против Майерса»³³ об отказе в удовлетворении иска британских граждан – бывших заключенных тюрьмы на военно-морской базе в Гуантанамо – против министра обороны США Д. Рамсфелда и десяти других высокопоставленных американских военных чиновников в связи с нарушением ими положений законодательства о запрете пыток и свободе вероисповедания.

В защиту позиции Самантара выступила и Саудовская Аравия, которая обосновала свой интерес в данном деле тем, что несколько лет назад американские суды были завалены многочисленными гражданскими исками против нее самой и ряда ее высокопоставленных должностных лиц, объединенными впоследствии в дело «О терактах 11 сентября 2001 г.».

В августе 2008 г. апелляционный суд второго округа признал наличие судебного иммунитета у самой Саудовской Аравии и наиболее высокопоставленных чиновников³⁴. Тем не менее, иски против других должностных лиц Королевства по-прежнему находятся на рассмотрении в американских судах. Из опасения, что судебные тяжбы и в дальнейшем будут использоваться, чтобы ставить Саудовскую Аравию «в неудобное положение», это государство решило представить суду свою аргументацию в поддержку заявителя.

Однако гораздо больше документов от «друзей суда» было подано в поддержку ответчиков. Среди них – официальное заявление правительства США. Его основной тезис – именно принципы, сформулированные исполнительной властью (по сути, Госдепартаментом), а не ЗИИГ, надлежащим образом регулируют функциональный иммунитет иностранных должностных лиц от гражданских исков.

Традиционная практика судей запрашивать мнение исполнительной власти о наличии иммунитета в конкретных делах проистекает из конституционной прерогативы Госдепартамента решать чувствительные дипломатические и внешнеполитические вопросы. В этой связи не следует интерпретировать ЗИИГ как отменяющий эту практику *sub silentio*.

³³ Rasul v. Myers, 563 F.3d 527 (D.C. Cir. 2009).

³⁴ In Re Terrorist Attacks of September 11, 2001, 538 F.3d 71 (2d Cir. 2008).

Более того, соответствующие решения должны приниматься с учетом слишком многих факторов (места жительства ответчика, серьезности вменяемых ему преступлений, положения истцов, позиции иностранного правительства, взаимности этого правительства в предоставлении иммунитетов американских должностным лицам и т.д.), чтобы соответствующий алгоритм можно было втиснуть в жесткие рамки закона.

Как отметили в своем заявлении *amicus curiae* американские профессора международного публичного права и сравнительного правоведения, применявшееся до принятия ЗИИГ общее право не предоставляло абсолютный иммунитет от личной гражданской ответственности иностранным должностным лицам в отношении их официальных деяний, особенно если соответствующие акты нарушали общепризнанные нормы международного права. Так, в 1841 г. Верховный суд шт. Нью-Йорк отказал в иммунитете бывшему заместителю шерифа Ниагарского округа Канады А. Маклеоду, который участвовал в нападении на американский пароход «Каролина» даже несмотря на подтверждение британского посла в США, что атака была произведена по приказу руководства и в рамках службы Ее Величеству³⁵.

В меморандуме профессоров далее отмечается, что в международном праве различаются иммунитеты иностранных должностных лиц, основанные на статусе (иммунитеты *ratione personae*), и те, что основаны на природе защищаемых действий (иммунитеты *ratione materiae*). Первые доступны дипломатам, главам государств, а также узкому классу действующих высокопоставленных чиновников, включая министров иностранных дел. На вторые, в принципе, могут ссылаться все иностранные представители, независимо от того, занимают ли они пост в настоящий момент или нет. Однако, «хотя некоторые иностранные суды признавали наличие определенных иммунитетов у иностранных должностных лиц, не являющихся дипломатами, консулами и действующими главами государств, они делали это непоследовательно и, как правило, в рамках исков, в которых иностранное государство являлось либо реальной, либо необходимой стороной дела»³⁶. Ввиду ма-

³⁵ *People v. McLeod*, 25 Wend. 483 (N.Y. Sup. Ct. 1841). С помощью парохода «Каролина» американцы поставляли оружие восставшим против британской короны канадским повстанцам во главе с У. Маккензи.

³⁶ *Mohamed Ali Samantar v. Bashe Abdi Yousuf, et al.* Brief of the Professors of Public International Law and Comparative Law as *Amici Curiae*, in *Support of Respondents*. P. 16.

лочисленности и непоследовательности этих решений из них нельзя вывести норму обычного международного права, основанную на постоянной практике и *opinio juris*.

В поддержку ответчиков выступили и американские эксперты в области международного судопроизводства и права международных отношений. По их мнению, расширительное толкование ЗИИГ чревато многочисленными юридическими проблемами, включая потенциальный конфликт с законом «О защите жертв пыток»; потенциальное освобождение иностранных чиновников от уголовной ответственности (ЗИИГ не делает различия между гражданской и уголовной юрисдикцией судов); отмену общеправовой доктрины, признающей абсолютный иммунитет глав иностранных государств; отмену иммунитетов бывших должностных лиц, а также необходимость для судов самим определять, какие действия являются «официальными», поскольку ЗИИГ не содержит положений на данный счет.

На стороне ответчиков выступили и трое американских законодателей (А. Спектр, Р. Файнголд и Ш. Джексон-Ли). По их мнению, распространение действия закона 1976 г. на физических лиц полностью лишило бы смысла закон «О защите жертв пыток», так как последний был принят Конгрессом с целью привлечь к ответственности иностранных лиц, применяющих пытки и внесудебные казни именно под прикрытием закона и властных полномочий.

Свою поддержку истцов засвидетельствовали и бывшие американские дипломаты, включая несколько экс-госсекретарей и послов. С их точки зрения, необходимость поддержания дружественных отношений между нациями вовсе не обязывает американские суды предоставлять всем без исключения бывшим иностранным чиновникам иммунитет.

Действительно, в определенных случаях разбирательство по искам против тех или иных иностранных чиновников не отвечает внешнеполитическим интересам США. Однако в таких случаях у судей есть другие, более гибкие механизмы отклонения иска, включая доктрины «политического вопроса» и «государственного акта».

Что же касается возможных негативных последствий решения в пользу ответчиков для иммунитетов американских чиновников за границей, то, по мнению бывших госдеповцев, официальные представители США и так достаточно защищены от неправомерных исков против них все теми же доктринами «государственного акта», «не подлежащего

судебному рассмотрению политического вопроса», «разделения властей», «международной вежливости» и т.д.

Помимо этого, в крайних случаях может быть задействована эффективная американская дипломатия. Так, например, когда чрезмерно прогрессивное бельгийское и испанское законодательство разрешило своим судам осуществлять более широкую юрисдикцию в отношении бывших американских должностных лиц, чем это позволено международным правом, Вашингтон сумел добиться внесения необходимых поправок в иностранные законы.

Речь идет о бельгийском законе 1993 г. и об испанском законе 2005 г. об универсальной юрисдикции. На основании первого в бельгийские суды были поданы иски против Дж. Буша, К. Пауэлла и Д. Чейни. В ответ Вашингтон пригрозил перенести из Брюсселя штаб-квартиру НАТО. Помимо этого, в 2002 г. Международный суд в решении по делу «Об ордере на арест от 11 апреля 2000 г.» постановил, что, отказав в иммунитете действующему министру иностранных дел Конго, Брюссель нарушил обычное международное право. В итоге бельгийские законодатели были вынуждены внести поправки в свое законодательство.

На основании испанского закона были начаты уголовные расследования в отношении ряда американских должностных лиц из администрации Дж. Буша, обвинявшихся в санкционировании применения пыток к подозреваемым в терроризме лицам. В частности, бывшие заключенные Гуантанамо испанского происхождения подали иски против экс-министра юстиции США А. Гонсалеса, его зама Дж. Байби, министров Дж. Ю и др. Однако в результате давления со стороны США, Израиля и Китая испанский Сенат в мае 2009 г. ограничил сферу охвата своего закона.

Даже после завершения устных прений по делу Самантара наблюдатели не решались предсказать его исход. Однако в итоге все девять членов Верховного суда единогласно пришли к заключению, что ЗИИГ неприменим к физическим лицам.

Судья Дж. Стивенс, написавший мнение суда, начал свою аргументацию с краткого описания истории доктрины иммунитета иностранного государства в американском праве.

Задолго до принятия закона 1976 г. иммунитеты регулировались в США общим правом. Самый ранний прецедент в этой

области – решение Верховного суда 1812 г. по делу «Судно «Иксчендж» против Макфаддона»³⁷.

После данного постановления решение вопроса о предоставлении иммунитета иностранному государству в конкретных случаях принималось американскими судами в два этапа. Если внешнеполитическое ведомство вступало в дело с заявлением о наличии иммунитета у ответчика, суд отказывался осуществлять свою юрисдикцию. Если оно сохраняло молчание, суд самостоятельно анализировал вопрос о наличии иммунитета, исходя из общего права и предыдущих рекомендаций исполнительной власти.

При этом в течение 140 лет после вынесения постановления по делу Макфаддона американские суды придерживались концепции абсолютного иммунитета иностранных государств. Только в 1952 г. и.о. юридического советника Госдепартамента США Дж. Тейт проинформировал Минюст об официальном переходе США на теорию ограниченного иммунитета.

Ситуация, которая сложилась в результате отказа от теории абсолютного иммунитета, создавала много неопределенности. Позиция внешнеполитического ведомства менялась от случая к случаю – в зависимости от сиюминутных политических соображений находящейся у власти администрации и давления со стороны государства-ответчика. В этом контексте в 1976 г. Конгресс США принял закон «Об иммунитете иностранных государств», чтобы «освободить Правительство от ... дипломатического давления, ... уточнить руководящие принципы, и ... заверить тяжущиеся стороны, что постановления будут приниматься исключительно на юридических основаниях и в соответствии с процедурой, гарантирующий справедливый судебный процесс»³⁸.

Далее судья Стивенс проанализировал текст закона 1976 г. и пришел к выводу, что хотя тот прямо и не запрещает применение данного нормативно-правового акта к должностным лицам, он и не поддерживает его.

³⁷ *Schooner Exchange v. McFaddon*, 7 Cranch 116 (1812). Судно, принадлежавшее американцам Дж. Макфаддону и У. Гриффэму, было захвачено по приказу Наполеона и переоборудовано под французский военный корабль. В 1811 г., когда оно следовало из Европы и из-за непогоды было вынуждено зайти в американский порт, бывшие владельцы заявили на него свои претензии. Суд первой инстанции отклонил их иск, признав корабль собственностью французского правительства. Апелляционный суд отменил это решение, рассудив в пользу истцов, однако Верховный суд вновь встал на сторону Франции.

³⁸ *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 486 (1983).

На следующем этапе судья перешел к анализу целей закона «Об иммунитете иностранных государств». Он согласился, что одной из них была кодификация норм общего права в области иммунитетов иностранных государств. Однако из этого, по его мнению, вовсе не следует, что Конгресс также намеревался кодифицировать нормы, регулирующие иммунитеты иностранных официальных лиц. Как отметил судья, «смешать в одну кучу должностных лиц и сами иностранные государства без единого слова о том, как и когда именно эти лица покрываются иммунитетом, едва ли способствовало реализации цели Конгресса прояснить правила, которые судам надлежит применять, при разрешении вопросов о наличии иммунитета»³⁹.

Никаких подтверждений позиции заявителя судья Стивенс не нашел и в материалах, посвященных истории принятия закона 1976 г. В принципе, в тот период проблема иммунитетов иностранных официальных представителей не стояла особенно остро, и законодателей не беспокоило, что данный вопрос решается внешнеполитическим ведомством (в отличие от вопросов о наличии иммунитета у самого государства, его подразделений и агентств).

В целом, по мнению судьи Стивенса, отношение между иммунитетами иностранного государства и его должностных лиц, сложнее, чем пытается представить заявитель. В этой связи он сослался на разъяснение в параграфе 6б Третьего свода права США в области международного права, согласно которому «иммунитет иностранного государства ... распространяется на ... дипломатического агента, должностного лица или агента этого государства в отношении действий, совершенных в официальном качестве, *если результатом осуществления юрисдикции будет приведение в действие нормы права против этого государства*» (курсив – судьи Стивенса).

Таким образом, даже в тех случаях, когда должностное лицо не пользуется иммунитетом по общему праву, иск против него может быть отклонен, если иностранное государство является необходимой стороной дела и если рассмотрение дела без его участия может помешать ему защитить свой законный интерес⁴⁰. В то же время иск против Самантара подан против него в личном качестве, нацелен на получение

³⁹ Mohamed Ali Samantar v. Bashe Abdi Yousuf et Al., Supreme Court of the United States. P. 16.

⁴⁰ Там же. С.19.

компенсации из его собственного кармана и, следовательно, должен регулироваться общим правом, а не ЗИИГ.

На этих основаниях Верховный суд подтвердил решение нижестоящих судов. При этом он неоднократно отметил, что его постановление не предрешает вопроса о наличии у Самантара иммунитета по общему праву, будь то доктрина иммунитета главы государства или какая-либо другая концепция. Этот вопрос, однако, должен решаться судом первой инстанции.

* * *

Большинство американских юристов с удовлетворением встретили решение Верховного суда. По их мнению, оно является результатом правильной интерпретации текста закона «Об иммунитетах иностранных государств» в контексте других законодательных актов и судебной практики⁴¹. Как отметила профессор Калифорнийского университета Ч. Кейтнер, судьи интерпретировали ЗИИГ так, как он есть, а не так, каким он должен быть. Даже один из авторов меморандума заявителя, профессор права К. Брэдли, назвал постановление «совершенно разумным толкованием текста ЗИИГ».

Тем не менее, по поводу решения было высказано и немало критических замечаний. Некоторые авторы были разочарованы тем, что постановление оставило нерешенными слишком много вопросов⁴², включая объем иммунитетов иностранных официальных лиц по общему праву, источник этого права (федеральное право, право штатов или иностранных государств), а также вопрос о том, как избежать потенциального «судебного шоппинга». Другие высказывали опасения, что в результате этого прецедента американские суды будут завалены исками против иностранных чиновников.

В целом, решение можно воспринимать как победу сторонников текстуального (буквального) толкования законодательства. Федеральные апелляционные суды, которые защищали позицию о применимости ЗИИГ к иностранным должностным лицам, явно основывались на телеологическом толковании закона. По их логике, буквальная

⁴¹ См., например, мнения У. Доджа, Ч. Кейтнер, опубликованные на сайте <http://opiniojuris.org/2010/06/04/thoughts-on-samantar/>.

⁴² Таково мнение профессора школы права Университета шт. Джорджия и соавтора монографии «Международное гражданское судопроизводство в судах США» П. Рутледжа, <http://opiniojuris.org/2010/06/04/thoughts-on-samantar/>.

интерпретация закона противоречит его целям, которые заключаются в сохранении гармоничных международных отношений, сведении до минимума давления иностранных государств и приведении американского законодательства в соответствие с международным правом.

Решение можно также рассматривать как победу исполнительной власти, которая всегда настаивала на том, что общее право иммунитетов иностранных официальных лиц продолжает действовать и после принятия закона 1976 г.⁴³ При этом согласно заявлению *amicus curiae*, поданному правительством, эти иммунитеты регулируются «принципами, вырабатываемыми исполнительной властью».

Такой подход, безусловно, дает Госдепартаменту дополнительные рычаги воздействия на иностранных чиновников. Ссылаясь на свою компетенцию в решении сложных международных вопросов, он мог бы предоставлять иммунитет своим союзникам (по принципу «он, конечно, сукин сын, но наш сукин сын»⁴⁴) и отказывать в нем представителям недружественных государств.

Вместе с тем некоторые юристы со скепсисом относятся к определяющей роли исполнительной власти в решении вопросов об иммунитете иностранных чиновников. Так, по мнению У. Доджа, вполне логично, что в компетенцию исполнительной власти входит определение того, кто пользуется дипиммунитетом и кого следует признавать в качестве легитимного главы иностранного государства. Гораздо более спорно, что администрация должна определять, являются ли пытки «официальным актом», в отношении которого действует иммунитет.

Особый интерес у юристов перед вынесением постановления Верховного суда вызывал также вопрос о соотношении закона «Об иммунитете иностранных государств» с законом «О защите жертв пыток». Сторонники «прогрессивного» развития американского права полагают, что как более поздний второй закон имеет преимущественную силу. Другие придерживаются позиции, что этот закон должен применяться без ущерба для иммунитетов, предоставляемых ЗИИГ.

В этой связи решение Верховного суда вряд ли можно трактовать как однозначную победу правозащитников. Оно никак не предreshает

⁴³ Помимо многочисленных меморандумов исполнительной власти, подготовленных для представления суду по различным делам, такая позиция излагается в одной из заметок бывшего руководителя правовой службы Госдепартамента Дж. Беллинджера, размещенных в январе 2007 г. в блоге «Opinio Juris», <http://www.state.gov/s/l/2007/116111.htm>.

⁴⁴ Известная фраза Ф. Рузвельта в отношении никарагуанского диктатора А. Сомосы.

вопроса о том, аннулирует ли закон «О защите жертв пыток» иммунитеты иностранных чиновников по общему праву. Напротив, после июньского постановления нижестоящие суды едва ли смогут игнорировать вопрос о потенциальном наличии иммунитета у официальных лиц иностранных государств, как они порой это делали в прошлом⁴⁵.

Библиографический список.

Bederman, D.J. *Dead's Man's Hand: Reshuffling Foreign Sovereign Immunities in U.S. Human Rights Litigation* // *Georgia Journal of International & Comparative Law*. No. 25 (1995-1996). P. 255-285.

Bradley C. *Foreign Officials and Sovereign Immunity in U.S. Courts* // *ASIL Insight*. Vol. 13, Issue 3. March 17, 2009. URL: www.asil.org/insights090317.cfm (дата обращения: 1 ноября 2010 г.)

Bradley C. and Goldsmith J. *Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation* // *13 Green Bag 2d*. Vol. 13. C. 9 (2009), URL: <http://ssrn.com/abstract=1485667> (дата обращения: 1 ноября 2010 г.)

Fox, H. *The law of state immunity*, Oxford-New York: Oxford University Press, 2d ed. 2008. 455 p.

George, S.V. *Head of State Immunity in the US Courts: Still Confused After All These Years* // *Fordham Law Review*. Vol. 64. 1995. P. 1051-1088.

Keitner Ch. *Officially Immune? A Response to Bradley and Goldsmith* // *The Yale Journal of International Law Online*. Vol. 36. Spring 2010. URL: www.yjil.org/online/volume-36-spring-2010/ (дата обращения: 1 ноября 2010 г.)

Murphy, S.D. *Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin* // *American Journal of International Law*. Vol. 7. 2003. P. 974-977.

Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States. St. Paul: American Law Institute Publishers. 1987. Vol. 1-2.

Sovereign Immunity Decisions of the Department of State, May 1952 to January 1977 (M. Sandler, D. Vagsts, and B. Ristau, eds.) // *1977 Digest of U.S. Practice in International Law*. 1017. P.1017.

Stewart D. *Samantar v. Yousuf: Foreign Official Immunity Under Common Law* // *ASIL Insights*. Vol. 14. Issue 15. June 14, 2010. URL: www.asil.org/insights100614.cfm (дата обращения: 1 ноября 2010 г.)

⁴⁵ Например, в деле «Филартига против Пенья-Илара».

The U.S. Supreme Court Decision in the Case *Samantar v. Yousuf* and Immunities of Foreign Officials (Summary)

*Svetlana V. Shatalova**

The article is devoted to the U.S. Supreme Court decision of June 1, 2010 in the case *Samantar v. Yousuf*, which authoritatively resolved the issue of the source of legal norms regulating the immunities of foreign officials in the U.S. law. Prior to the judgment, different federal courts of appeals gave different interpretation to the question, whether the 1976 Foreign Sovereign Immunities Act applies to representatives of other States acting in their official capacity. As a result of this legal uncertainty, foreign governmental officers in U.S. courts received different treatment in terms of immunities in almost identical situations. The Supreme Court judgments being binding on all the lower U.S. courts, the case of the Somali general Mohamed Samantar provoked a vivid reaction in the country's legal community, as well as in a number of foreign States. The article explains different legal views presented to the U.S. Supreme Courts by the lawyers of the petitioner, respondents, Government and third parties. It summarizes the argumentation by the Court and analyses the bearing that the June decision may have for the development of the U.S. law of immunities.

Keywords: Jurisdictional immunities; foreign officials; common law; foreign head of State immunity.

*. Svetlana V. Shatalova – Third Secretary of the Russian Embassy in the U.S.A. taurussvet@hotmail.com.

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

Конституционно-правовой статус личности в Исламской Республике Пакистан

*Попадюк О.А.**

В статье исследуются основы и специфика правового статуса личности в Исламской Республике Пакистан. Рассмотрены вопросы конституционно-правового закрепления прав и свобод человека и гражданина, приобретения и лишения гражданства Пакистана. Отдельное внимание уделено проблеме соблюдения прав и свобод в условиях пакистанской действительности.

Ключевые слова: Исламская Республика Пакистан; конституционно-правовой статус личности.

Видный отечественный ученый Б.А. Страшун считает, что права человека можно рассматривать как основу конституционализма. Главный смысл создания конституций заключался в обеспечении свободы и безопасности человека, прежде всего от произвола государственной власти¹. Правовой статус личности – это юридически закрепленная система взаимоотношений между человеком и государством, а также между человеком и другими субъектами (совокупность прав, свобод и обязанностей)².

В I главе второго раздела действующей Конституции Пакистана определяется правовой статус личности. Важной для определения

* Попадюк Олег Александрович – соискатель кафедры конституционного права МГИМО (У) МИД России. oleg.mgimo@mail.ru.

¹ Страшун Б.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: БЕК, 2000. С. 125..

² Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: Юстицинформ, 2001. С. 254.

статуса личности является преамбула конституции, в которой, согласно мировой правовой практике, излагаются цели, задачи и принципы правового акта, указываются условия, обстоятельства, мотивы и другие исходные установки, послужившие поводом для его создания. В преамбуле «гарантировано соблюдение принципов демократии, свободы, равенства, терпимости и социальной справедливости, как это предусмотрено Исламом». Конституцией гарантировалось «фундаментальные права, включающие в себя равенство гражданского положения, возможностей, защиту законом, социальную, экономическую и политическую справедливость, свободу мысли, слова, вероисповедания, совести и собраний в соответствии с законом и общественной моралью». Отдельным пунктом выделялись обязательства государства по отношению к мусульманам и другим религиозным меньшинствам: «мусульманам должны быть предоставлены возможности строить жизнь частным и коллективным образом в соответствии с учением и требованиями Ислама, как предписано Святым Кораном и Сунной. Меньшинствам должны быть предоставлены достаточные права свободно исповедовать свою религию и развивать свою культуру». Обозначен явный дисбаланс конституционной защиты прав национальных и религиозных меньшинств, который является причиной многочисленных нарушений³.

В статье 8 Конституции говорится: «Любой закон, обычай или традиция, имеющие силу закона, в случае если оные противоречат правам, описанным в данной Главе, вследствие такового противоречия, должны считаться не имеющими юридической силы. Государство не может устанавливать законодательные нормы, отменяющие или ограничивающие права, описанные в данной Главе, а любой закон, противоречащий данной статье, вследствие данного противоречия, должен считаться не имеющим юридической силы». Гарантируется неотъемлемое право каждого гражданина, кем бы он ни был, а также любого лица, пребывающего на территории государства Пакистан, – защита законом⁴. Статьей 6 Конституции объявляется право на жизнь: «ни одно лицо не может быть лишено жизни или свободы, за исключением случаев, предусмотренных законом»⁵, однако законодательством стра-

³ Farooq Hassan. Religious liberty in Pakistan: Law, Reality, and Perception (a brief synopsis). EBSCO Publishing, 2002. P. 45.

⁴ Constitution of Islamic Republic of Pakistan 1973, Article 4.

⁵ Ibid, Article 9.

ны предусматривается высшая мера наказания за наиболее жестокие и опасные преступления, направленные против целостности, независимости и безопасности страны. «Права, описанные в данной Главе, не могут быть приостановлены, за исключением случаев прямо предусмотренных Конституцией» – в условиях чрезвычайного положения Президент может наложить некоторые ограничения на действие и соблюдение основных прав и свобод⁶.

Государством гарантируются следующие основные права и свободы граждан:

– запрет на дискриминацию на основании пола, расы, касты (Статья 26 гласит: «(1) Не должно быть каких-либо ограничений для граждан относительно доступа в места общественных увеселений или отдыха, не предназначенных для религиозных целей, на основании расы, вероисповедания, касты или места рождения. (2) Ничто из указанного в пункте (1) не должно препятствовать действиям, направленным на защиту женщин и детей»),

– право на справедливый суд (Статья 10а – «В случае обвинения лицу гарантируется право на справедливый суд и надлежащее отправление правосудия». Статьи 10а, 17а и 25а добавлены 18 поправкой к Конституции),

– право на получение информации (Статья 17а – «Каждый гражданин имеет право на доступ к информации общественной важности в соответствии с разумными ограничениями, наложенными законом»),

– право на образование (Статья 25а – «государство обязуется предоставлять свободное обязательное образования детям от 5 до 16 лет»),

– запрет принудительного труда и рабства (Статья 11 – «(1) Рабство – запрещено, и никакой закон не может разрешать или способствовать введению рабства в Пакистане в какой-либо форме. (2) Любые формы принудительного труда и перемещения людей запрещены. (3) Дети до четырнадцати лет не могут быть задействованы в работах на заводе, в шахте или на любом другом производстве, наносящем вред их здоровью»),

– равный доступ к государственной гражданской службе (Статья 27 – «При приеме на государственную службу Пакистана запрещена дискриминация граждан, имеющую достаточную квалификацию, на основании расы, вероисповедания, касты или места рождения или проживания»),

⁶Ibid, Article 233.

– право частной собственности (хотя не указывалось, что принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения, размеры компенсации не могли быть обжалованы в суде)⁷,

– свобода мысли и слова, свобода прессы (Статья 18 – «Каждый гражданин имеет право на свободу слова и самовыражения, кроме того, Конституция гарантирует свободу прессы, относительно которой допускаются разумные ограничения, наложенные законом в интересах славы Ислама, целостности, безопасности и обороны Пакистана или какой-либо его части, дружественных отношений с другими государствами, общественного порядка, приличия и морали, или же с целью недопущения случаев неуважения к суду или подстрекательства к правонарушению»),

– право на объединение, включая право создавать профессиональные союзы (Статья 17 – «(1) Каждый гражданин обладает правом на создание ассоциаций и союзов, на которое допускаются разумные ограничения, наложенные законом в интересах суверенитета или целостности Пакистана, общественного порядка или моральности. (2) Каждый гражданин Пакистана, не находящийся на государственной службе, обладает правом формировать политические партии и быть их членом, на которое допускаются разумные ограничения, наложенные законом в интересах суверенитета или целостности Пакистана (либо общественного порядка), а также согласно такому закону, в случае если Центральное правительство объявило, что формирование или действия какой-либо из политических партий приносит вред суверенитету или целостности Пакистана (либо общественному порядку), Центральное правительство в течение пятнадцати дней со дня подобного заявления передает такое заявление в Верховный Суд, решение которого по данному вопросу является окончательным»).

– право собираться мирно без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации (Статья 16 – «Каждый гражданин обладает правом на мирные, невооруженные собрания, на которое допускаются разумные ограничения, наложенные законом в интересах общественного порядка»),

– свобода передвижения по Пакистану (Статья 15 – «Каждый гражданин обладает правом оставаться на территории страны, на которое допускаются разумные ограничения, наложенные законом в интересах

⁷Ibid, Article 24.

общественности, въезжать в Пакистан, свободно перемещаться по его территории, селиться и проживать в любой из его частей»),

– свобода совести и вероисповедания (Данная свобода регулируется рядом статей. Статья 20 – «Согласно установленному законодательству, общественному порядку и морали: (а) каждый гражданин обладает правом исповедовать свою религию и передавать ее от поколения к поколению; а также (б) вследствие этого, каждое вероучение и каждая секта имеет право основывать, религиозные институты, поддерживать их и управлять ими», статья 21 – «Запрещено принуждение лица к выплата каких-либо налогов, средства от которых, в дальнейшем, будут использованы на распространение или поддержание религии, которую данное лицо не исповедует» и статья 22 – «(1) Лица, посещающие какие-либо учебные заведения, не могут принуждаться к получению религиозного образования, а также принимать участие в каких-либо религиозных церемониях или посещать религиозные обряды, в случае если такое образование, церемонии или обряды не связаны с религией, которая не исповедуется данным лицом. (2) Относительно каких-либо религиозных институтов не должно существовать дискриминации против каких-либо общин в предоставлении права беспрошлинного ввоза или освобождения от налогов»),

– право на свободу и личную неприкосновенность, неприкосновенность жилища (Статья 14 – «(1) Принципы соблюдения человеческого достоинства и неприкосновенности жилища согласно законодательству, являются обязательными и незыблемыми. (2) Запрещается подвергать индивидуума пыткам с целью получения показаний»),

– свобода труда (Статья 18 – «Относительно условий предоставления права, если таковые предписаны законом, каждый гражданин имеет право приступать к выполнению обязанностей любого законного вида деятельности, а также вести любой вид законной торговли или коммерческой деятельности»),

– гарантировалось, что никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление, никто не обязан свидетельствовать против себя самого (Статья 13 – «Ни одно лицо: (а) не может преследоваться в уголовном порядке и понести наказание за одно и то же правонарушение более одного раза; или (б) в случае обвинения в преступлении, не может принуждаться выступать свидетелем против себя самого»),

– никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением (Статья 12

– «(1) Ни один закон не может предусматривать наказания: (а) за такое действие или бездействие, которые в момент его выполнения не считались наказуемыми; либо (б) за правонарушение, которое было бы более суровым или отличалось от наказания, предписанного законодательством за правонарушения такого рода, действующим на момент совершения данного правонарушения»).

Пункты 1 и 2 статьи 10 Конституции гарантируют, что: «(1) Необходимо как можно скорее проинформировать лицо, подвергнутое аресту, о причине взятия его под стражу, кроме того, ему не должно быть отказано в праве получения юридической консультации, а также в праве на защиту практикующим адвокатом по его выбору. (2) Каждое лицо, задержанное или арестованное, должно предстать перед магистратским судом в течение двадцати четырех часов с момента ареста, без учета времени, необходимого для переезда от места ареста до ближайшего такого суда; ни одно лицо не может быть задержано под арестом дольше указанного срока без разрешения магистратского суда». Однако эти положения не применимы к лицам, «которые состоят на службе, работают или действуют согласно инструкциям, полученным от врага, либо к лицам, которые совершают или пытаются совершить действия причиняющие вред целостности, безопасности или обороне Пакистана или любой его части, которые совершают или пытаются совершить действия, приравняемые федеральным законом к антинациональной деятельности, или лицам, являющимся членами любых объединений, ставящих перед собой целью любую подобную антинациональную деятельность». В этом случае должны вступать законы о превентивном заключении, которое позволяли задержать человека на 15 суток без предъявления обвинения. Если специально созданная Ревизионная комиссия сочтет, что существует достаточное основание для подобного задержания, то подозреваемый может быть удержан под стражей до трех месяцев. Данная статья использовалась для борьбы с политическими оппонентами, которые могли быть задержаны на неопределенный срок без предъявления обвинения.⁸

Для эффективной защиты прав человека и гражданина в 1987 г. была создана Пакистанская комиссия по правам человека со штаб-квартирой в городе Лахор. Эта неправительственная некоммерческая

⁸ Hamid Khan. Constitutional and political history of Pakistan. Oxford university press, 2005. P. 265.

организация не может быть ассоциирована ни с одной политической силой в стране. Своими основными целями она провозглашает: ратификация и имплементация в национальное пакистанское законодательство положений Всеобщей декларации прав человека и других международных документов по гуманитарной проблематике; мобилизация общественного мнения в защиту прав человека; развитие сотрудничества с различными правозащитными международными и национальными организациями; а также борьба с нарушениями основных прав человека и правовая и иная помощь пострадавшим⁹.

Комиссия по правам человека выступила в качестве одного из основных консультативных институтов по текущей конституционной реформе. Этим научным центром был подготовлен доклад для председателя комитета Национальной ассамблеи по конституционной реформе Резы Раббани, в котором содержалось видение Комиссией необходимых конституционных преобразований для достижения соответствия пакистанского национального законодательства международным соглашениям и стандартам¹⁰. Данный доклад был поддержан большинством демократически настроенных политиков и общественных деятелей, с которыми специалисты Комиссии постоянно вели консультации.

Комиссия по правам человека требует ввести на конституционные ограничения на деятельность вооруженных сил, полиции и специальных служб. Должен быть введен конституционный запрет на высылку из страны (регулярно известных политиков высылают из страны). В статью 8 Конституции комиссия предлагает ввести положение о запрете принятия законов, которые предусматривают высшую меру наказания. Также требует уточнение понятие «целостность Пакистана» в статье 10 Конституции. Очевидно, что его трактовка может осуществляться весьма свободно и повлечь многочисленные нарушения прав и свобод человека.

Гарантии против пыток, содержащиеся в статье 14 Конституции, являются недостаточно жесткими. Следует расширить статью следующим образом: «ни одно лицо не может подвергнуто пыткам, жестокому, нечеловечному обращению или наказанию ни при каких

⁹Shah, Niaz A. Women, the Koran and International Human Rights Law: The Experience of Pakistan. The Hague: Martinus Nijhoff, 2006. P. 153.

¹⁰ Официальный сайт Пакистанской комиссии по правам человека. [Электронный ресурс] – режим доступа <http://www.hrcp-web.org/>

обстоятельствах. В частности, ни одно лицо не может быть подвергнуто без его согласия медицинским или научным экспериментам»¹¹.

Особые нарекания вызывает статья 19 Конституции «О свободе слова». Она не соответствует современному пониманию свободы слова. Хотя гарантируется свобода прессы, но на нее определенные «разумные ограничения, наложенные законом в интересах славы Ислама, целостности, безопасности и обороны Пакистана или какой-либо его части, дружественных отношений с другими государствами, общественного порядка, приличия и морали, или же с целью недопущения случаев неуважения к суду или подстрекательства к правонарушению». Приведенные в Конституции гарантии свободы прессы являются недостаточными. Более того, налагаемые ограничения могут быть трактованы в свободной форме. Комиссия предложила следующее прочтение статьи 19: «Каждый имеет право на собственное мнение. Каждый имеет свободу выражения, которая подразумевает свободу поиска, получения информации и идей любыми законными способами. Государство обязано предоставить любую информацию гражданам за исключением случаев, предусмотренных законом».

Одним из основных недостатков конституционно-правовой системы Пакистана является несоблюдение принципа разделения властей. В частности, судебная власть находится под сильным влиянием и контролем президента и исполнительной власти. Статья 177 Конституции гласит «Верховный судья Пакистана назначается Президентом. Все остальные судьи назначаются Президентом после совещания с Верховным судьей». Для достижения независимости судебной власти должен быть предусмотрен новый порядок назначения председателя и судей Верховного суда. Председатель Верховного суда назначается Президентом по рекомендации Премьер-министра и лидера оппозиции в Маджлис-е-шуре. Президент назначает остальных членов Верховного суда по рекомендации Премьер-министра. Председатель Суда предлагает на рассмотрение Премьер-министру три кандидатуры на каждую вакансию, который после обсуждения кандидатов с лидером оппозиции в Парламенте предложит президенту одну кандидатуру. Эксперты также считают необходимым усложнить процедуру назначения председателя и членов Высших судов провинций: «Президент назначает членов Высшего суда провинции по представлению

¹¹ Shahid Hamid. Proposed amendments in constitution of Pakistan. Pakistan Institute of Legislative Development and Transparency, Lahore, 2009.

премьер-министра. Кандидатуры предлагает губернатор заинтересованной провинции после консультаций с председателем Высшего суда»¹².

Одним из основных требований пакистанского экспертного сообщества является отмена главы 3а Части VII Конституции, которая посвящена структуре и деятельности Федерального Шариатского суда. Данный Суд противоречит всем демократическим принципам, вносит определенный раскол во всю судебную систему. Некомпетентность некоторых судей, которые не получили должного образования и были назначены из числа духовенства, снижает авторитет всей системы среди населения.

В Пакистане назрела необходимость проведения конституционной реформы на предмет введения Конституционного суда. Конституционный суд должен возглавлять судебную систему и состоять из президента и восьми судей. Члены Суда могут занимать свой пост в течение 12 лет. Каждые шесть лет состав суда обновляется наполовину. Все вопросы должны быть рассмотрены полной коллегией судей. Некоторые функции будут переданы от Верховного суда в Конституционный суд, в частности последний получит консультативную юрисдикцию, указанную в статье 186, юрисдикция суда первой инстанции во всех спорах между двумя или больше правительствами. Основной задачей Конституционного суда является толкование Конституции. Все вопросы толкования Конституции рассматриваются в Конституционном суде после того, как Верховный суд принял решение, что данный вопрос имеет важное конституционное значение. Решения Конституционного суда имеют деклараторный характер. Назначение президента и судей Суда осуществляется президентом по рекомендации премьер-министра.

Не смотря на то, что Конституция предоставляет значительное количество прав и свобод гражданам Пакистана, ситуация вокруг их соблюдения и защиты остается весьма сложной.

Правительство регулярно объясняет нарушения, связанные со свободой слова, передвижения, информации и проч., необходимостью борьбы с терроризмом. Особые нарекания у международных правозащитных организаций и пакистанских специалистов вызывает принятый Антитеррористический закон¹³, согласно которому создавалась система специальных судов для борьбы с терроризмом, террористически-

¹²Официальный сайт Пакистанской комиссии по правам человека. [Электронный ресурс] – режим доступа <http://www.hrcp-web.org/>

¹³Anti-terrorism Act, 1997. Act XIV of 1997. PLD 1997 Central Statutes 402.

ми группировками. Подобные законы принимались и ранее. В 1975 г. был принят Закон о подавлении террористической активности¹⁴, который в некоторых провинциях действовал до 2001 г., а также двенадцатая поправка к Конституции, которая к тому времени прекратила свое действие. С принятием Антитеррористического закона правительство получило право создавать и определять состав специальных судов, которые были подконтрольны премьер-министру.

Сложной остается обстановка с реализацией личных прав и свобод, в части свободы вероисповедания и соблюдения прав национальных и религиозных меньшинств. Регулярно происходит нарушение основных прав и свобод индусов, христиан и представителей исламских течений. В частности, в 1998 г. состоялся процесс над Аюбом Масихом, христианином из Пенджаба, который был обвинен в богохульстве и восхвалении произведения «Сатанинские стихи» известного писателя Салмана Рушди. А. Масих был признан виновным и приговорен к высшей мере наказания. Верховный суд был направлен протест, который рассматривался в течение 4 лет. В конечном итоге, А. Масих был оправдан, т.к. он смог доказать, что обвинитель пытался таким образом завладеть его имуществом. В 2002 г. в Карачи неизвестные ворвались в административное здание, отделили христиан от мусульман и застрелили восемь христиан. Подобных примеров достаточно много¹⁵.

Не смотря на борьбу с терроризмом и исламским экстремизмом, в стране до недавнего времени продолжали действовать Законы о хууд, которые на протяжении многих лет были причиной ожесточенных дебатов в пакистанском обществе. 22 февраля 1979 г. в день рождения пророка Мухаммеда было объявлено о вступлении в силу Закона о хууд, который состоял из следующих отдельных уголовных законов: 1) Закон о противодействии преступлениям против имущества¹⁶, рассматривал дела, связанные с воровством и грабежом; 2) Закон о *зина*, рассматривал дела, связанные с насилием, похищением несовершеннолетних, прелюбодеянием, супружеской неверностью; 3) Закон о *казф*¹⁷, рассматривал дела, связанные с ложным обвинением в супружеской

¹⁴ Suppression of Terrorist Activities Ordinance, 1975.

¹⁵ Christophe Jaffrelot, Gillian Beaumont. A History of Pakistan and Its Origins. Anthem press, 2004. P. 384.

¹⁶ Offences against property (Enforcement Of Hudood) Ordinance, 1979. Ordinance VI of 1979. PLD 1979 Central Statutes 44.

¹⁷ Offences of Qazf (Enforcement Of Hudood) Ordinance, 1979. Ordinance VIII of 1979. PLD 1979 Central Statutes 56.

неверности; 4) Закон о запрете употребления алкоголя и наркотических средств¹⁸; 5) Закон о наказаниях, устанавливавший виды и степень наказания нарушителям вышеупомянутых законов. Причем, как и в Коране, за данные виды предусматривались тяжелые наказания. Так, употребление алкоголя влечет телесное наказание в виде 80, а ложное обвинение в прелюбодеянии – 40 ударов плети. Кража карается отсечением руки, а разбой – руки и ноги. Наконец, виновный в прелюбодеянии (в зависимости от обстоятельств) может быть насмерть забит камнями или наказан 100 ударами плети. Телесное наказание производится публично, и закон устанавливает порядок подготовки преступника к бичеванию (предварительный осмотр врачом, отсрочка исполнения приговора в случае болезни и т.д.)¹⁹.

Правительство П. Мушаррафа под давлением правозащитных организаций было вынуждено в июле 2000 г. создать Национальную комиссию по положению женщин в Пакистане, которая должна была рассмотреть сущность исламских законов, их последствия, а также выработать предложения по их модернизации²⁰. Комиссию в составе 20 человек возглавила Маджида Ризви, судья Высшего суда в отставке, ставшая первой женщиной-судьей столь высокого ранга. В результате комиссия 18 голосами «за» рекомендовала отменить данные закона. Только два ее члена, представители от Комитета исламской идеологии и религиозных партии, не поддержали своих коллег. Тем не менее, в 2006 году после длительной борьбы между правительством, которое выступило в поддержку отмены законов времен М. Зия-уль-Хака, и религиозными партиями, Национальная Ассамблея «для пресечения дальнейших нарушений прав человека и тайны личной жизни, а также построения просвещенного общества» приняла Закон о защите женщин²¹. Согласно документу все нарушения сексуального характера переводились из мусульманского правосудия в гражданское, что полностью меняло разбирательство и ответственность за подобные нарушения. Так количество

¹⁸ Imran Rahat. Legal Injustices: The Zina Hudood Ordinance of Pakistan and Its Implications for Women. The Department of Women's Studies, Simon Fraser University, British Columbia, Canada.

¹⁹ The Offence of Zina (Enforcement of Hudood) Ordinance, 1979. Ordinance VII of 1979. PLD 1979 Central Statutes 51.

²⁰ Официальный сайт Национальной комиссии по положению женщин. [Электронный ресурс] – режим доступа <http://www.ncsw.gov.pk>.

²¹ Protection of Women (Criminal Laws Amendment) Act, 2006. Associated Press of Pakistan. December 1, 2006.

свидетелей при рассмотрении дел, связанных с сексуальными преступлениями, стало определяться обычными процессуальными нормами, предусматривалось использование методов современной медицины. Ранее для доказательства насильственных действий требовались свидетельства четырех правоверных мусульман (только мужчин). Документ также запрещал представителям правоохранительных органов задерживать в подозрении в супружеской неверности.

Решение вызвало волну критики со стороны исламских радикальных партий, которые утверждали, что документ противоречит статьям 2а и 227 конституции Пакистана. Их представители бойкотировали работу Национальной ассамблеи и Сената. В стране проходили демонстрации с участием значительного числа женщин, протестовавших против нарушения «традиционных исламских устоев», сделанных «под диктовку США»²². Правозащитные организации также раскритиковали документ, назвав его неполноценным.

В целом, в Пакистане вопрос о гендерном равенстве стоит весьма остро. Конституцией предусматривается равенство полов, неограниченное избирательное право у женщин существует с момента образования Пакистана в 1947 году. На последних выборах в Парламент прошло 76 женщин (22,49%). Спикером Парламента является женщина Фахмида Мирза. Одна женщина входит в состав правительства. Однако с самого рождения женщины сталкиваются с серьезными препятствиями в получении образования. Дискриминация в отношении женщин принимает особо острые формы в сельской местности. В некоторых сельских районах провинций Синд и Белуджистан уровень грамотности среди женщин не превышает 2 %. Большое количество работающих женщин сталкиваются с дискриминацией и сексуальными домогательствами. Женщины не имеют равных с мужчинами возможностей в том, что касается продвижения по службе и увеличении заработной платы. Такие сферы деятельности, как преподавание, медицина и юриспруденция практически закрыты для женщин.

В настоящее время количество вопросов для рассмотрения у Федерального Шариатского суда, который ранее рассматривал вопросы, связанные с супружеской неверностью и насилием сексуального характера, в связи с принятием Закона о защите женщин заметно сократились. Тем не менее, суд оказывает заметное влияние на законотворческий

²² Белокреницкий В.Я., Москаленко В.Н. История Пакистана. XX век. Институт Востоковедения РАН, Крафт+, 2008. С. 451

процесс. В ноябре 2007 года президент П. Мушарраф во время перерыва между сессиями Национальной ассамблеи вносит поправку в Закон о пакистанской армии, согласно которому значительно расширялись полномочия военных трибуналов. Они имели право судить подозреваемых в терроризме, в том числе и мирных граждан, по законам военного времени. В 2008 году ФШС по собственной инициативе принял Закон о пакистанской армии на проверку его соответствия канонам Корана и Сунны. Так, после непродолжительных дискуссий суд поручил правительству в течение шести месяцев внести поправки в закон и обязать военные трибуналы знакомить с материалами следствия, судебными документами и постановлениями обвиняемых, которым предоставлялось право обжаловать решение (этого в законе о пакистанской армии не предусматривалось)²³. Данный пример наглядно демонстрирует неоднозначность оценки деятельности ФШС, который вносит определенный вклад в защиту основных прав и свобод человека и гражданина.

Важнейшей юридической предпосылкой правового положения личности в обществе является состояние гражданства, т.е. политическая принадлежность индивидуума к данному государству, которая обуславливает характер политико-правовых отношений между личностью и государством. Конституционное право связывает с гражданством целый ряд важнейших правовых последствий, главным из которых является то, что физические лица могут быть субъектами государственно-правовых отношений, только обладая правовым статусом гражданина данной страны.

Вопросы приобретения и лишения гражданства регулируются Законом о гражданстве, принятым 13 апреля 1951 г. Конституционной ассамблеей Пакистана. Согласно Закону с момента его вступления в силу гражданами Пакистана считаются:

1) лицо, если он или его родители проживали на территории Пакистана, и после 14 августа 1947 г. не проживал на постоянной основе в другом государстве.

2) лицо, если он или его родители мигрировали в Пакистан.

3) лицо, если он или его родители являются подданными Великобритании.

²³ Federal Shariat Court. Annual report, 2008. [Электронный ресурс] – режим доступа <http://www.fsc.gov.pk>.

Закон предусматривает приобретение пакистанского гражданства: 1) филиация по праву крови (*jus sanguinis*); 2) филиация по праву почвы (*jus soli*), за исключением лиц, чьи родители являются членами официально аккредитованных миссий иностранных государств или организаций, а также, чьи родители являются оккупантами; 3) лицам, мигрировавшим из других частей бывшей Британской Индии с момента образования Пакистана и до 1 января 1952 г. 4) натурализация. При вступлении в гражданство лицо должно произнести клятву верности конституции и Пакистану. В статье 14-В Закона говорится о том, что если житель штата Джамму и Кашмир принимает решение мигрировать на постоянное место жительства в Пакистан, он является гражданином Пакистана.

Гражданин Пакистана, который является таковым по праву крови и почвы, не может быть его лишен. Правительство может лишить гражданства гражданина, получившего его путем натурализации, в следующих случаях: если лицо, при получении гражданства, указал заведомо неверную информацию о себе, а также по причинам: неуважительного отношения к Конституции Пакистана, оказания содействия стороне, с которой Пакистан находится в состоянии войны, осуждения на срок более 12 месяцев за пределами Пакистана, проживания более 7 лет не территории Пакистана без ежегодной записи в консульстве или посольстве Пакистана. В случае если правительство решает лишить лицо гражданства, то оно в письменном порядке информирует данное лицо и назначает специальную комиссию, которое рассматривает обоснованность лишения гражданства.

Статья 14 Закона запрещает двойное гражданство. Однако в связи с резким увеличением числа пакистанских граждан, проживающих за рубежом, были внесены коррективы в Закон о гражданстве. Граждане Пакистана могут иметь двойное гражданство, если они одновременно являются гражданами: Великобритании, Франции, Италии, Бельгии, Исландии, Австралии, Новой Зеландии, Канады, Египта, Иордании, Сирии, Швейцарии, Нидерландов, США, Швеции и Ирландии.

С 1951 г. Закон более пяти раз подвергался изменению. В связи с разделением Пакистана на две части была принята в 1973 г. важная поправка. Включенная статья 16-а гласила: все лица, проживавшие на территории Восточного Пакистана до 16 декабря 1971 г. и оставшиеся там добровольно или мигрировавшие в Восточный Пакистан добровольно, не являются гражданами Пакистана. Лица, проживавшие

в этой части страны и изъявившие желание мигрировать в западную часть, должны подать заявление, на основе которого федеральное правительство решит вопрос гражданства. Однако до сих пор не урегулирован вопрос гражданства так называемых «выброшенных на берег пакистанцев» (“stranded Pakistanis”). До разделения Британской Индии на территории индуисткой провинции Бихар проживала крупная мусульманская община, говорившая на урду. После 1947 г. вся община переселилась в Восточный Пакистан. В ходе войны за независимость Бангладеш община бихарцев подвергалась гонениям и репрессиям. После окончания войны и провозглашения Республики Бангладеш члены общины оказались лицами без гражданства, т.к. пакистанское правительство отказалось принимать беженцев, а бангладешское правительство отказывается предоставить им гражданство, считая их сторонниками оккупационной армии Западного Пакистана. В настоящее время около 300 000 бихарцев живут в 66 перенаселенных лагерях для беженцев. Во время визита в Бангладеш в 2002 г. президент П. Мушарраф заявил, что он сочувствует судьбе тысячам людей, известных как «выброшенных на берег пакистанцев», однако он не может разрешить переехать такому большому количеству людей, не имеющих культурных, исторических и лингвистических связей в Пакистан. П. Мушарраф попросил правительство Бангладеш не политизировать вопрос и принять беженцев и предоставить им гражданство. Некоторые высокопоставленные пакистанские чиновники в противном случае угрожают депортировать порядка 1,5 млн бенгальцев²⁴. В 2008 г. ситуация кардинально изменилась: Верховный суд Дакки принял решение предоставить гражданство и право участвовать в выборах 150 000 бихарцам²⁵.

В 2008 г. Закон о гражданстве 1951 г. был подвергнут внимательному рассмотрению на заседании ФШС, который объявил закон противоречащим священным Корану и Сунне и Конституции. По мнению суда, статья 10 Закона является дискриминационной и нарушает статью 2-а (Резолюция о целях) и 25 (равенство полов). Согласно статье 10 Закона о гражданстве, если гражданин Пакистана женится на иностранке, то она имеет полное право приобрести пакистанское гражданство. Однако он не предусматривает такой возможности для мужей-иностранцев пакистанских жен. ФШС, посчитав отсутствие данного положения, потребовал от правительства в течение 6 месяцев внести

²⁴ Vote for ‘stranded Pakistanis’. BBC News 6 May, 2003.

²⁵ Citizenship for Bihari refugees. BBC News. 2008-05-19.

в него изменения. Правительство негативно отнеслось к решению, т.к. введение подобной нормы может легализовать огромное количество незаконных мигрантов. Закон не был изменен, а вопрос по-прежнему остается нерешенным. В сентябре 2009 г. Шазия Зия направила петицию в Высший суд в Лахоре, требуя предоставить гражданство Пакистана своему мужу Маджиду Али – гражданину Индии. Местные власти отказали ему в приобретении пакистанского гражданства.

Пакистанский закон о гражданстве не устанавливает ограничение на вероисповедание лица, желающего получить гражданство Пакистана. При этом в отдельных арабских странах (Кувейт, ОАЭ, Саудовская Аравия) в гражданство могут быть приняты только мусульмане, лица же других вероисповеданий, в том числе супруги, для приема в гражданство должны изменить свою религию.

Очевидно, что законодательная база по соблюдению и защите основных прав и свобод человека и гражданина в Пакистане является современной и разработанной. Однако основная проблема заключается в их соблюдении, поэтому на данном направлении необходимо усиливать работу по повышению эффективности работы правоохранительных органов, а также расширению прав независимых неправительственных правозащитных организаций.

Библиографический список.

Белокреницкий В.Я., Москаленко В.Н. История Пакистана. XX век. М.: Институт Востоковедения РАН, Крафт+, 2008.

Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: Юстицинформ, 2001.

Страшун Б.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: БЕК, 2000.

Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран. М.: Юристъ, 2008.

Christophe Jaffrelot, Gillian Beaumont. A History of Pakistan and Its Origins. Anthem press, 2004.

Farooq Hassan. Religious liberty in Pakistan: Law, Reality, and Perception (a brief synopsis). EBSCO Publishing, 2002.

Hamid Khan. Constitutional and political history of Pakistan. Oxford university press, 2005.

Shah, Niaz A. Women, the Koran and International Human Rights Law: The Experience of Pakistan. The Hague: Martinus Nijhoff, 2006.

Shahid Hamid. Proposed amendments in constitution of Pakistan. Pakistan Institute of Legislative Development and Transparency, Lahore, 2009.

Syed Jaffar Ahmed. Overview of the Constitution of Pakistan.: Pakistan Institute of Legislative Development And Transparency, Lahore, 2004.

Features of Legal Status of a Person and Citizen in Islamic Republic of Pakistan (Summary)

*Oleg A. Popadyuk**

The article deals with the features of legal status of a person and citizen in Islamic Republic of Pakistan. The author studies the issues of legal confirmation of basic human rights in the Constitution, acquisition and termination of citizenship. The article is also devoted to the problem of human rights observance in Pakistan.

Keywords: Islamic Republic of Pakistan; legal status of a person and citizen.

* Oleg A. Popadyuk – post-graduate student of the Chair of constitutional law, MGIMO-University MFA Russia. oleg.mgimo@mail.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО

Материальный аспект отмывания незаконно полученных доходов, модели и типологии легализации

*Шашкова А.В.**

Основные аспекты отмывания незаконных доходов сводятся к четырем: экономическому, юридическому, материальному и процессуальному. В настоящей статье произведен анализ материального аспекта легализации, моделей и типологий отмывания незаконных доходов в контексте необходимости превентивной борьбы с указанным явлением.

Ключевые слова: легализация; отмывание; незаконные доходы.

Сегодня наиболее актуальной и одновременно экономической, юридической и политической проблемой является проблема борьбы с незаконной легализацией (отмыванием) доходов. Словосочетание «отмывание денег» стало столь популярным, что фигурировало даже в шпионском скандале, в котором были задействованы власти США и РФ. Этот скандал произошел в июне 2010 года¹. Каким образом может происходить отмывание, если предполагается, что в данном скандале задействованы российские разведчики – государственные служащие Российской Федерации? Эти и многие другие вопросы возникают при изучении проблем борьбы с легализацией незаконных доходов.

* Шашкова Анна Владиславовна – к.ю.н., доцент кафедры конституционного права МГИМО (У) МИД России; адвокат Адвокатской палаты Московской области. ashashkova@inbox.ru.

¹ Grigoryeva Y. Catching Spies, Hunting Obama / Y. Grigoryeva, Y. Zabrodina, V. Voropayev // *Izvestia* / - 2010. - 30 June.

По данным ООН ежегодно в мире легализуется от 400 до 450 миллиардов долларов, в связи с чем ООН даже объявила «отмывание грязных денег» врагом общества номер один². По оценкам российских экспертов, за пределы страны ежегодно вывозится 22-23 миллиардов долларов. По тем же расчетам в зарубежных банках находится не менее 250 миллиардов долларов, перемещенных по криминальной цепочке.

В России до 80% хозяйственных объектов негосударственного сектора экономики находятся под контролем криминальных сообществ, взимающих с них плату, в том числе свыше 500 банков, около 50 бирж, практически вся сеть мелкооптовой и розничной торговли. По экспертным оценкам, более половины легализуемых средств, полученных таким путем, вкладываются по кругу в развитие криминального предпринимательства³.

Процесс легализации – это самое уязвимое место организованной преступности. Следовательно, надо бить по этому месту, чтобы покончить с организованной преступностью. Для того чтобы эффективно бороться с легализацией (отмыванием) доходов, добытых преступным путем, необходимо быть на шаг впереди лиц, заинтересованных в легализации денежных средств. А таких заинтересованных лиц немало: от наркобаронов и торговцев оружием до физических и юридических лиц и даже отдельных стран, заинтересованных в притоке любого капитала, пусть даже незаконного. В настоящее время мир пытается выйти из затяжного мирового финансового кризиса, и дополнительный приток денежных средств является в данном мероприятии большим подспорьем.

Для корректной классификации моделей отмывания денежных средств необходимо предварительно рассмотреть ступени легализации незаконных доходов, поскольку на различных ступенях могут быть применены различные типологии отмывания доходов. Здесь представляют интерес исследования, проведенные Эдуардом Ивановым и затрагивающими вопрос моделей легализации незаконных доходов.

Традиционные модели отмывания денежных средств – это двухфазовая, трехфазовая и четырехфазовая модель.

Двухфазная модель предложена видным швейцарским теоретиком борьбы с отмыванием денег Паоло Бернаскони Согласно этой модели

² Прокурорская и следственная практика. - 2000. - №2. - С. 1.

³ Bankir.ru. 2003. – 21 января.

основными стадиями легализации являются Money Laundering («отмывание» денег) и Recycling (возвращение в оборот).

П. Бернаскони относит эти стадии, соответственно, к отмыванию первой и второй фазы. Первая фаза представляет собой «отмывание» денег, полученных непосредственно от совершенного преступления⁴. «Отмывание» преступных доходов в рамках первой фазы осуществляется посредством одномоментных или краткосрочных операций, например путем совершения банкнотных сделок (обмен наличных денежных средств, извлеченных из преступного оборота, на банкноты другого достоинства в рамках одной валюты, либо на валюту другого вида). Следовательно, речь здесь идет, как правило, о наличных деньгах⁵. Вторая фаза представлена среднесрочными и долгосрочными операциями в кредитных организациях, посредством которых предварительно отмытым в рамках первой фазы денежным средствам придается видимость доходов, полученных из законных источников. При этом преступно нажитые капиталы вводятся в легальный экономический оборот⁶. В соответствии с этим подходом П. Бернаскони, основываясь на тенденциях глобализации мировой экономики, различает страны совершения основного преступления, ставшего источником дохода, и страны «отмывания» денег⁷. Основная проблема отмывания денег сводится, таким образом, к переводу больших незаконно полученных наличных сумм или иного имущества в легко управляемые финансовые инструменты или другие виды имущества.

Трехфазовая модель является наиболее распространенной и предполагает выделение в едином процессе легализации следующих стадий: размещение (*placement*), расслоение (*layering*) и интеграция (*integration*). Указанные три стадии могут осуществляться одновременно или частично накладываться друг на друга. Это зависит от имеющегося механизма легализации и от запросов преступной организации.

⁴ Бернаскони П. (Paolo Bernasconi). «Преступность без границ: утонченность финансовых инструментов и слабость судебного аппарата» (“La criminalite transfrontaliere: sophistications financieres et faiblesse judiciaire”) / П. Бернаскони // «Журнал внутренней безопасности» (Les Cahiers de la securite interieure). – 1995. - № 19.

⁵ Oswald K. Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland. / K. Oswald. // Freiburg i. Br. Max – Planck. Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. - 1997. - S. 13.

⁶ Bernaskoni P. Finanzunterwelt. Zürich-Wiesbaden / P. Bernaskoni // 1988. - S. 30.

⁷ Козлов И.В. О стадиях процесса легализации преступных доходов. / И.В. Козлов// М. - 2007.

Что касается *четырёхфазовой модели*, то этот подход к структурированию процесса отмывания используют эксперты ООН. Основными стадиями легализации являются:

Первая стадия – освобождение от наличных денег и перечисление их на счета подставных лиц. Такими лицами могут быть, например, родственники преступника. При этом соблюдается только одно условие: посредники должны иметь собственные счета в банках. В настоящее время наблюдается тенденция к поиску посредников, имеющих связи с международными банками.

Вторая стадия – распределение наличных денежных средств. Они реализуются посредством скупки банковских платежных документов и других ценных бумаг. На этой стадии создается сеть осведомителей, которые могут сообщать правоохранительным органам о незаконном обороте денежной массы. Как показывает зарубежный опыт, распределение наличных денежных средств осуществляется часто в пунктах по обмену валюты, казино и ночных клубах.

Третья стадия – маскировка следов совершенного преступления. Перед преступником, отмывающим доходы, стоит на этой стадии следующая задача: принять все меры к тому, чтобы постороннее лицо не узнало, откуда получены деньги и с помощью кого они распределены в те или иные учреждения или организации. В целях выполнения этой задачи они проводят, как правило, следующие мероприятия: использование банков для открытия счетов, расположенных, как правило, далеко от места работы и проживания преступников; перевод денег в страну проживания из-за границы, но уже легально с новых счетов фирм или иных учреждений; использование подпольной системы банковских счетов.

Четвертая стадия – интеграция денежной массы. На этой стадии преступные сообщества инвестируют легализованные капиталы в высокоприбыльный бизнес.

Четырёхсекторная модель легализации денег предложена швейцарским специалистом К. Мюллером. В рамках этой модели выделяются сектора и связанные с ними стадии отмывания. Критериями для выделения являются: легальность/нелегальность операций и страна совершения основного преступления/страна «отмывания» денег. *Первый сектор* – страна основного преступления/легальность. В этом секторе осуществляется внутреннее, предварительное «отмывание». *Второй сектор* – страна основного преступления/нелегальность. В этом

секторе происходит сбор прошедших предварительное «отмывание» денег в пул и подготовка их к контрабанде. *Третий сектор* – страна «отмывания» денег/нелегальность. В этом секторе происходит подготовка к вводу денег в легальную финансовую систему. *Четвертый сектор* – страна «отмывания» денег/легальность. Здесь производятся макировочные действия в виде переводов, инвестиций⁸.

Модель круговорота была предложена швейцарским ученым Цюндом во время публичных лекций в высшей школе Сант Топелена 9 и 17 июня 1989 года, а позже рассмотрена в его статьях⁹. В основе данной модели лежит сходство процесса «отмывания» денег с круговоротом воды в природе. Цюнд подразделяет процесс «отмывания» на составляющие, аналогичные составляющим круговорота воды.

Наиболее практичной и распространенной оказалась трехфазовая модель отмывания денежных средств. Эта модель принята Группой разработки финансовых мер по борьбе с отмыванием денег (ФАТФ). Именно на примере этой модели автор рассматривает типологии отмывания незаконно полученных денежных средств.

Размещение – это первая стадия отмывания доходов, полученных из нелегальных источников, первый этап легализации денег и наиболее слабое звено в процессе отмывания денег. Незаконно полученные деньги относительно легко могут быть выявлены именно на этом этапе.

Известны различные методы размещения, которые в зависимости от используемых при этом финансовых институтов можно объединить в следующие категории: размещение в традиционных финансовых учреждениях; размещение в нетрадиционных финансовых учреждениях; размещение через учреждения нефинансового сектора; размещение за пределами страны¹⁰.

Различные учреждения и исследователи рассматривают различные методы отмывания денег, в том числе, следующие методы отмывания денег, указываемые Интерполом¹¹: метод получения ссуды; доходный бизнес; казино и различные увеселительные предприятия;

⁸ Muller C. “Geldwäscherei: Motive - Formen – Abwehr”. / C. Muller // Zurich, Treuhand – Kammer. - 1992. - S. 113.

⁹ Zund A. Der schweizer Treuhändler / Zund A. // 1990. - № 9. - S. 403-408.

¹⁰ Малявин П.И. Пути и методы отмывания теневого капитала. / П.И. Малявин // Белгород – 2008.

¹¹ Методы отмывания денег (по материалам Генерального секретариата Интерпола) // Информационный бюллетень НЦБ Интерпола в РФ. 1992. - № 1. - С. 32, 33.

различные банки и учреждения по обмену валюты; фальшивые счета; авиабилеты¹².

Традиционные финансовые учреждения занимаются обычным финансовым бизнесом на основе лицензии или разрешения. К ним относятся банковские и специализированные небанковские финансово-кредитные институты (коммерческие банки, сберегательные банки и ассоциации, кредитные союзы, банки взаимных фондов, пенсионные фонды, страховые компании, финансовые компании, инвестиционные фонды), которые подчиняются и управляются государственными регулирующими инстанциями¹³.

Методы, с помощью которых преступники используют традиционные финансовые организации, включают: смерфинг – превращение наличных денег в финансовые инструменты; обмен мелких банкнот на купюры более крупного достоинства; обменные сделки – организованный обмен денег на купюры иного достоинства или другую валюту; структурирование операций с наличными деньгами; установление контроля над финансовыми учреждениями; незаконное использование исключений из закона; использование корреспондентских отношений между банками; создание ложного бумажного следа; слияние законных и незаконных фондов; перевод преступно полученных денег за рубеж; использование «коллективных» счетов; использование транзитных счетов; механизм гарантии ссуды.

Автор хотел бы остановиться на методе **установления контроля над финансовыми учреждениями**. Данный метод, основан на установлении контроля над деятельностью персонала финансового учреждения или над финансовым учреждением со стороны преступной организации. Такое подчинение упрощает размещение незаконных денег, их распределение и интеграцию.

Наиболее ярким примером подчинения легального финансово-кредитного учреждения и использования его в целях отмывания денег и совершения других преступлений является деятельность британского Международного банка торговли и кредита¹⁴. Этот пример

¹² Осмаев И.Б. Международные и национальные правовые средства борьбы с отмыванием преступных доходов. / И.Б. Осмаев М. // 1999. - С. 50.

¹³ Бекряшев А.К. Теневая экономика и экономическая преступность. /Бекряшев А.К., Белозеров И.П.// <http://newasp.omskreg.ru/bekryash/intro.htm>.

¹⁴ Bank of Credit and Commerce International (BCCI). Основанный в 1972 году пакистанским финансистом, данный банк известен как самая большая секретная денежная сеть в истории. К середине 1980-х годов Международный банк торговли и кредита

еще раз свидетельствует о том, что служащие самого высокого ранга должны подлежать регулярному контролю. В противном случае возможен не только материальный и репутационный ущерб для предприятия, но и для всего государства.

В России и странах СНГ в последнее время отмечаются попытки криминальных организаций проникнуть в мелкие банки и небанковские финансовые структуры, а также усилить контроль над деятельностью предприятий, расположенных в зоне их действия. В этом случае для отмывания капиталов используются руководители и служащие банков, которые оказывают преступникам содействие в дроблении счетов, использовании банковского счета для массовых операций по вкладам и снятию средств. За несколько месяцев до проверки банковской бухгалтерии операции прекращаются и на счету оставляются незначительные суммы. В ходе проверки выясняется, что в течение последних трех месяцев по счету не осуществлялось значительного движения средств, что не вызывает особых подозрений.

Данный метод широко используется в России, где свыше трех тысяч организованных преступных групп (сообществ, организаций) специализируется на легализации доходов, полученных от незаконной деятельности, почти 1500 из них образовали в этих целях собственные хозяйственные легальные структуры¹⁵. Помимо этого ими установлен контроль над более чем сорока тысячами хозяйствующих субъектов, среди которых около полутора тысяч предприятий и организаций государственного сектора экономики, целый ряд банковских и финансовых структур.

Здесь следует отметить приказ Росфинмониторинга № 103 от 8 мая 2009 года, которым утверждены «Рекомендации по разработке критериев выявления и определению признаков необычных сделок». Перечень критериев выявления необычных сделок значительно расширился. Необычные сделки выявляются, в частности, если совершаются операции с ценными бумагами, необеспеченными активами своих эмитентов;

функционировал в 78 государствах, имея 400 филиалов и активы на сумму более 20 миллиардов долларов США. Однако, начиная с конца 1980-х годов, банк подозревался в проведении нелегальных операций и связях с наркоторговцами, что в 1991 году привело к остановке его операций и последующей ликвидации. Кредиторами был заявлен иск на 1 миллиард долларов США к Банку Англии (Bank of England) как к регулирующему органу, впоследствии отозванный.

¹⁵ История русской мафии. 2010. - 8 октября. <http://wrps-portal.ru/forum/index.php?topic/1380-08102010>.

осуществляется денежный перевод на анонимный счет за границу; выставляется немотивированное требование клиента о расторжении договора и (или) возврате уплаченных средств до фактического осуществления операции; получателем денежных средств (товаров, работ, услуг) является нерезидент, не являющийся стороной по договору (контракту) об экспорте (импорте).

Обновлен перечень рекомендуемых признаков необычных сделок. Сделка будет являться необычной, если клиент заключает договоры страхования с организациями, находящимися за пределами региона его места жительства (регистрации); лизинговые платежи вносятся по поручению лизингодателя третьим лицом; операции с одним объектом недвижимого имущества совершаются неоднократно; физическое лицо несколько раз сдает на комиссию, под залог или в скупку ювелирные изделия, в том числе имеющие товарные биржи и др. Необычной также признается сделка, по которой драгоценные металлы продаются по цене, отклоняющейся от рыночной более чем на 20%.

Таким образом, под необычные сделки попали вполне обычные сделки. Оценочный характер носят такие понятия как «необоснованная поспешность», «необоснованные задержки» или «излишняя озабоченность клиента». И в настоящее время главное, чтобы указанные подзаконные акты не подменяли собой пробелы в законодательстве и вместо рекомендаций и повода для детальной оценки каждого конкретного случая мы не получили бесспорное основание для привлечения к ответственности. Ведь если вчитаться в каждый критерий, который Росфинмониторинг считает признаком необычной сделки, то конкуренцию и инициативу в бизнесе надо отменить, больше нельзя предлагать услуги с дисконтом или, наоборот, за высококласные услуги получать высокую комиссию, нельзя часто менять поставщиков, настаивать на использовании удаленного терминала, чтобы экономить на бумаге и курьерах¹⁶. Вызывает также споры классификация убыточных сделок с ценными бумагами: их предлагается считать подозрительными. При этом в приказе Росфинмониторинга нет ни слова о дефолтах и банкротствах эмитентов, повлекших эти самые убытки. Также никто не задается вопросом, каким образом были потрачены привлеченные денежные средства. Это и является примером легализации, которую необходимо контролировать в законодательном порядке.

¹⁶ www.bcs-express.ru.

Структурирование и другие способы отмывания денег могут быть перенесены в *нетрадиционные финансовые учреждения*. Нетрадиционные учреждения – это небанковские финансовые учреждения, фактически осуществляющие оказание банковских услуг. К ним относятся валютные биржи, брокеры ценных бумаг или драгоценных металлов, товарно-сырьевые брокеры, казино, организации, оказывающие телеграфные и почтовые услуги и услуги по обмену чеков на наличные деньги. Небанковские финансовые учреждения используются для отмывания денег теми же способами что и традиционные финансовые учреждения, в особенности структурированием, подчинением и слиянием фондов.

В последнее время эти финансовые организации все чаще стали использоваться для отмывания нелегально полученных доходов и введения их в обычный финансовый оборот. Во многом это связано с тем, что в банковском секторе законодательство, направленное на борьбу с отмыванием капиталов, более развито и более эффективно, а в законодательстве, регулирующем нетрадиционные финансовые учреждения, пробелов немало. Отсюда следует однозначный вывод о том, что требуется четкое законодательство, регулирующее деятельность нетрадиционных финансовых учреждений.

Учреждения, связанные с валютными операциями, используются для отмывания капиталов, поскольку предлагают клиентам ряд услуг, вызывающих интерес у преступников: обмен валюты, размен мелких купюр на крупные, обмен на деньги таких финансовых продуктов, как, например, дорожные чеки.

Имеет значение также то, что деятельность обменных пунктов в большинстве государств не подлежит такой строгой регламентации, как деятельность традиционных финансовых институтов. Обменные пункты часто не имеют системы внутреннего контроля для защиты от операций по отмыванию денег. Кроме того, большинство посетителей пунктов – случайные люди, что затрудняет идентификацию клиента. Эти организации могут обеспечить эффективную защиту незаконных операций при вывозе валюты из страны. Незаконно вывезенная валюта может быть обменена за рубежом (иногда по более выгодному курсу), затем обмененная по такому курсу валюта вновь возвращается в страну. Отчетная форма (при необходимости ее заполнения – SMIR¹⁷

¹⁷ Международная перевозка валютных или денежных средств (International Transportation of Currency and Monetary Instruments).

в США), заполненная на возвращенную валюту, как правило, будет указывать валютно-торговую компанию в качестве хозяина валюты. Как правило, в подобных заведениях клиенты сохраняют полную анонимность.

Кроме того, по мнению автора, внутренний контроль вообще и в обменных пунктах в частности, должен носить вспомогательный характер к процедурам обязательного контроля. Этот вывод следует из того, что содержание Правил внутреннего контроля не установлено на законодательном уровне, а постановления Правительства или Банка России, на основании которых такие Правила разрабатываются, в большинстве случаев носят рекомендательный характер.

Необходимо отметить положительный шаг на пути борьбы с легализацией незаконных доходов: закрытие уличных обменных пунктов с 1 октября 2010 года в соответствии с Распоряжением Банка России. Это позволит активизировать банковскую деятельность в экономике¹⁸, а также минимизировать риски по отмыванию незаконных доходов.

В связи с ужесточением законодательства, направленного на борьбу с отмыванием денег, преступники все чаще прибегают к услугам таких профессионалов, как *адвокаты*, бухгалтеры, финансовые советники, специализированные организации и службы. Чаще всего для размещения и объединения капиталов используются счета адвокатов.

Представители адвокатской профессии нередко имеют дело с крупными суммами денег, законно представляя интересы своих клиентов. Адвокаты могут получать большое количество наличных, вырученных от продажи наркотиков, на специальные банковские счета. Эти счета открываются специально для клиентов и с этих счетов адвокаты получают свои гонорары. Эти счета записываются на имя адвоката и, как правило, не имеют ничего, чтобы указывало бы на имя его клиента. Как часть схемы отмывания денег, адвокат возвращает деньги клиенту в другой форме, например, чеком или путем покупки недвижимости. Однако в связи с неотъемлемой привилегией на конфиденциальность клиента, доказать незаконность происхождения денег и проводимых операций крайне сложно.

Каков юридический статус адвоката по российскому законодательству? Адвокат – это лицо, получившее в определенном порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность:

¹⁸ ЦБ активизирует работу банков посредством закрытия уличных обменников. // 2010. – 1 октября. <http://top.rbc.ru/economics/01/10/2010/474903.shtml>.

квалифицированную юридическую помощь физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию¹⁹. «Адвокат является независимым профессиональным советником по правовым вопросам. Адвокат не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные должности»²⁰.

В 2006 году ФАТФ установила обязанность каждого государства определить вопросы, подпадающие под привилегию на сохранение адвокатской тайны или профессиональной тайны. Не все государства последовали данной рекомендации, и в 2008 году ФАТФ принимает собственное Руководство для лиц юридической профессии²¹. В соответствии с этим Руководством в основу деятельности лиц юридической профессии для предотвращения незаконной легализации доходов положен рисковый подход. Рисковый подход был сформулирован и ранее: Третья Директива Европейского союза (ЕС) 2005 года определила подход к комплексной юридической проверке с учетом риска. Однако Директивы ЕС обязательны только для 27 стран – участниц ЕС.

В России, однако, нет каких-либо специальных актов, следующих Руководству для лиц юридической профессии ФАТФ. Более того, российское законодательство, в отличие от Руководства для лиц юридической профессии ФАТФ никоим образом не затрагивает лиц, разово осуществляющих юридические услуги²², что также создает значительный пробел в правовом регулировании.

Следующая фаза – расслоение. *Расслоение* – отрыв незаконных доходов от их источников путем создания сложной цепи финансовых операций, направленных на маскировку проверяемого следа этих доходов. Если размещение больших сумм денег прошло успешно и не было вскрыто, то обнаружить дальнейшие действия по отмыванию денег

¹⁹ Федеральный закон от 31 мая 2002г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Ст. 1.

²⁰ Федеральный закон от 31 мая 2002г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Ст. 2.1.

²¹ RBA Guidance for Legal Professionals, dated 23 October 2008.

²² В соответствии с законодательством России никакой специальной квалификации для оказания юридических услуг не требуется: они могут быть оказаны и лицом, не имеющим юридического образования.

становится намного труднее. Различные финансовые операции наслаиваются одна на другую с целью усложнить работу правоохранительных органов по отысканию незаконных средств.

В настоящее время для проведения операций фазы расслоения большую роль играют страны с мягким налоговым режимом, слаборазвитой системой финансового контроля и оффшорные зоны.

Исследователь проблемы борьбы с отмыванием денег Паоло Бернасconi выделяет следующие условия, характерные для страны, в которой осуществляется «отмывание» денег: отсутствие обязательного бухгалтерского учета для банков; анонимные банковские счета; отсутствие обязательности идентификации клиентов; недостаточно эффективно работающие органы юстиции; отсутствие правовой помощи при изъятии денег, имеющих преступное происхождение²³.

В данных странах обычно создаются фиктивные фирмы и теряются следы финансовых операций. «Излюбленными местами для осуществления подобных банковских операций являются в Европе: Андорра, Болгария, Кампион (Италия), Гибралтар, Гернси, Джерси, Лихтенштейн, Люксембург, Монако, Швейцария, Кипр; в африкано-арабском регионе – Абу-Даби, Ангола, Бахрейн, Дубай, Кувейт, Ливия, Либерия, Оман, Сейшельские острова, ОАЭ; в Восточной Азии и Полинезии – Австралия, Гонконг, Новая Каледония, Новая Гвинея, Сингапур, Шри-Ланка, Таиланд; в Латинской Америке (Карибский бассейн и Южная Америка) – Барбадос, Багамы, Бермуды, Каймановы острова, Коста-Рика, Чили, Гаити, Ямайка, Куба, Никарагуа, Нидерландские Антильские острова, Панама, Уругвай, Венесуэла. Властям США приходится иметь дело примерно с 70 уголками налогового рая, преимущественно в Карибском бассейне»²⁴. Российскими банками, связанными со скандалом в Bank of New York, осуществлялись платежи через Науру²⁵.

Заключительная фаза отмывания денег – интеграция. **Интеграция** – стадия процесса легализации, непосредственно направленная на придание видимости легальности преступно полученным финансовым средствам. На этой фазе деньги обретают законный источник происхождения и инвестируются в легальную экономику.

²³ Bernasconi P. Wir müssen noch viel über Gouner lernen: Interview in Der Spiegel / Bernasconi P. // 1988. - 9 Mai - S. 122.

²⁴ Кернер Х.-Х. Отмывание денег. / Кернер Х.-Х., Дах Э. // М.: Междунар. Отношения. - 1996. – С. 60.

²⁵ Иванов Э.А. Формирование в России системы борьбы с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем. М. – 2008.

После того, как процесс расслоения проведен, отмывающие деньги лица должны создать видимость достоверности при объяснении источников появления своего имущества. На стадии интеграции отмываемые деньги помещаются в банковскую систему под видом законно заработанных доходов. Если след отмываемых денег не был выявлен на двух предыдущих стадиях, то отделить законные деньги от незаконных крайне сложно. Обнаружение отмываемых денег на стадии интеграции становится возможным исключительно благодаря скрытой агентурной работе.

П. Бернаскони полагает, что капиталы проходят через финансовые и банковские учреждения малых стран, а потом их вкладывают в страны, обладающие сильными налоговыми системами, однако так, чтобы нельзя было узнать их реального владельца. Другая часть этих капиталов скрывается, даже не проходя по территории оффшорных стран. При этом используются юридические лица, зарегистрированные в этих странах, но действующие на территории других стран, например, используя банковские счета. Типичными являются оффшорные компании, имеющие счета в банках Швейцарии, которые открываются, на имя анонимных компаний, зарегистрированных в Панаме²⁶.

Отмывание денег – это процесс, в котором приобретенное вследствие незаконной деятельности имущество, перемещается или скрывается для того, чтобы прервать цепочку с преступлением²⁷. Преступник, получивший нелегальные денежные средства получает возможность декларировать официальный доход и легально пользоваться деньгами, изначально имеющими незаконную природу, но в результате отмывания получившими легальную окраску. Две основные характеристики отмывания были обозначены еще в 1993 году²⁸: *незаконность* (общая характеристика) – отмывание денег подразумевает использование дохода, происходящего из незаконной деятельности; *сокрытие* (специальная характеристика) – первичная цель отмывания денег – это сокрытие нелегального источника происхождения таких доходов.

Негативное влияние на экономику государства как раз и проявляется в таком скрытом получении доходов для придания им впоследствии

²⁶ Красников А.Ф. Теневая экономика и экономическая преступность. / А.Ф. Красников // <http://newasp.omskreg.ru/bekryash/index.htm>.

²⁷ International Monetary Fund (IMF). The IMF and the fight against money laundering and the financing of terrorism. 2005. <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/aml/htm>.

²⁸ Msciandro D. Analisi economica della criminalita, teoria della regolamentazione e riciclaggio finanziario, in Mercanti illegali e mafia. Il Mulino. P. 243-297.

легального статуса. Тем самым, масштабным преступлениям придается скрытый, латентный характер.

Основные аспекты отмыывания незаконных доходов сводятся к четырем: экономическому, юридическому, материальному и процессуальному. Что касается экономического аспекта, то это доля преступных доходов в законной экономике. Денежные средства, изначально находящиеся в преступной (теневой) экономике, перетекают в легальную экономику. Для экономического аспекта отмыывания важен вопрос перетекания денежных средств из одной экономики в другую.

С юридической точки зрения отмыывание доходов является преступлением, вследствие совершения которого придается правомерный характер владению, пользованию и распоряжению денежными средствами или иным имуществом полученным преступным путем. Для юридического аспекта отмыывания доходов важен вопрос придания легитимности имуществу, нажитому преступным путем.

Материальный аспект – это рассмотренные автором в настоящей статье стадии отмыывания: размещение, расслоение, интегрирование.

В заключении автор хотел бы снова обратить внимание на необходимость принятия реальных актов, работающих на опережение в проблеме легализации преступных доходов. Как было рассмотрено ранее, акты, принимаемые Росфинмониторингом, имеют неоднозначный результат: масштабы легализации незаконных доходов в России не сократились. На основании рассмотренных моделей отмыывания незаконных денег автор предлагает сформировать единый подход к правотворческой и правоприменительной функциям государства для обеспечения поступления в легальную экономику легальных денег, для успешной превентивной борьбы с отмыыванием незаконных доходов, при этом полностью контролируя невозможность возвращения незаконно полученных доходов обратно в незаконный бизнес. Такой подход должен осуществляться на международном уровне через национальные системы противодействия отмыыванию денег.

Библиографический список.

Бекряшев А.К. Теневая экономика и экономическая преступность. /Бекряшев А.К., Белозеров И.П.// <http://newasp.omskreg.ru/bekryash/intro.htm>.

Бернаскони П. (Paolo Bernasconi). «Преступность без границ: утонченность финансовых инструментов и слабость судебного аппарата»

(“La criminalite transfrontaliere: sophistications financieres et faiblesse judiciaire”) / П. Бернаскони // «Журнал внутренней безопасности» (Les Cahiers de la securite interieure). – 1995. – № 19.

Иванов Э.А. Формирование в России системы борьбы с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем. М. – 2008.

История русской мафии. 2010. 8 октября. <http://wrgps-portal.ru/forum/index.php?/topic/1380-08102010>.

Кернер Х.-Х. Отмывание денег. / Кернер Х.-Х., Дах Э. // М.: Междунар. Отношения. – 1996. – С. 60.

Козлов И.В. О стадиях процесса легализации преступных доходов. / И.В. Козлов// М. – 2007.

Красников А.Ф. Теневая экономика и экономическая преступность. / А.Ф. Красников // <http://newasp.omskreg.ru/bekryash/index.htm>.

Малявин П.И. Пути и методы отмывания теневого капитала. / П.И. Малявин // Белгород – 2008.

Методы отмывания денег (по материалам Генерального секретариата Интерпола) // Информационный бюллетень НЦБ Интерпола в РФ. 1992. – № 1. – С. 32, 33.

Осмаев И.Б. Международные и национальные правовые средства борьбы с отмыванием преступных доходов. / И.Б. Осмаев М. // 1999. – С. 50.

Bernaskoni P. Finanzunterwelt. Zürich-Wiesbaden / P. Bernaskoni // 1988. – S. 30.

Bernasconi P. Wir müssen noch viel über Gouner lernen: Interview in Der Spiegel / Bernasconi P. // 1988. – 9 Mai – S. 122.

Grigoryeva Y. Catching Spies, Hunting Obama / Y. Grigoryeva, Y. Zabrodina, V. Voropayev // Izvestia/ – 2010. – 30 June.

Msciandro D. Analisi economica della criminalita, teoria della regolamentazione e riciclaggio finanziario, in Mercanti illegali e mafia. Il Mulino. P. 243-297.

Muller C. “Geldwäscherei: Motive – Formen – Abwehr”. / C. Muller // Zurich, Treuhand – Kammer. – 1992. – S. 113.

Oswald K. Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland./ K. Oswald. // Freiburg i. Br. Max – Planck. Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. – 1997. – S. 13.

Zund A. Der schweizer Treuhändler / Zund A. // 1990. – № 9. – S. 403-408.

The Substantive Aspect of Illegal Money-Laundering, Models & Typologies (Summary)

*Anna V. Shashkova**

Basic aspects of illegal money-laundering are the following: economic, legal, substantive and procedural. The present Article analyses the substantive aspect, models and typologies of illegal money-laundering in the context of the necessity of the preclusive fight with the above problem.

Keywords: money-laundering; illegal income.

* Anna V. Shashkova – Ph.D. in Law, assistant professor of the Chair of Constitutional Law, MGIMO-University MFA Russia; Moscow Region Bar Lawyer. ashashkova@inbox.ru.

ИЗБРАННЫЕ ДЕЛА МЕЖДУНАРОДНОЙ ЧАСТНОПРАВОВОЙ ПРАКТИКИ КОЛЛЕГИИ АДВОКАТОВ «МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СТЕПАНОВ & ПАРТНЕРЫ»

Особенности понимания термина «коммерческий подкуп» в праве Российской Федерации*

*Монастырский Ю.Э.***

Ключевые слова: коммерческий подкуп; уголовная ответственность за коммерческий подкуп; исторические корни коммерческого подкупа в России; невыполнение Российской Федерацией международных обязательств ввести уголовные последствия для юридических лиц.

Дамы и господа,

Мы, юристы, всякую серьезную социальную проблему склонны объяснять несовершенством законодательства и намного реже чем-то другим, например национальными традициями. Однако коррупция в коммерческих отношениях в стране – феномен особого рода, действительно зависящий от нашей истории настолько, что даже законодательные механизмы (и концепция противодействия ей) отличаются известным своеобразием. На раннем этапе становления Российской империи на огромной территории мздоимство выступало необходимым приемом в области государственного управления как плата за благосклонность чиновников и не могло быть слишком предосудительным, т.к., с другой стороны, создавало зависимость управленцев, которые

* По материалам выступления на семинаре «Опыт борьбы с коррупцией при ведении бизнеса, особенности коррупции в инновационном бизнесе. Может ли Сколково стать зоной, свободной от коррупции?» под эгидой Фонда развития Центра разработки и коммерциализации новых технологий «Сколково» и Посольства Швеции, 9 декабря 2010 г.

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

имели коммерческий стимул дорожить своим местом. Спустя время к коррупции именно как к предательству интересов службы не могли не относиться отрицательно, но видели в ней необходимое зло, если речь, конечно, не шла о тяжких последствиях для государственной власти. В коммерческой сфере подкуп как плата за содействие в получении подряда преступлением не считался, и различия между законным комиссионным вознаграждением и действием в ущерб представляемому не проводилось. В Уголовном уложении Российской империи говорилось о мздоимстве в общем смысле. Взяткополучатель-чиновник получал наказание в 6 месяцев заключения (ст. 656). Для частных лиц карательные последствия не наступали.

В Советском Союзе, где существовал огромный репрессивный аппарат и система доносительства, коррупция приобретала наиболее латентные формы. Однако в последние десятилетия существования СССР она заполнила собой всю хозяйственную действительность. В деле результативного производства определяющую роль играли личные связи, устанавливаемые посредством подарков, откатов, услуг, подношений, включая курьезные (бесплатный ремонт квартиры, предоставление возможности без очереди попасть на станцию тех. обслуживания). Преступлением по-прежнему считалась взятка государственному служащему или чиновнику. Частное лицо могло быть осуждено за инициирование подкупа и содействие в нем. До 1996 года откаты за получение льгот в отношениях с частной организацией даже с государственным участием вообще не считались противозаконными. В упомянутом году был принят новый Уголовный кодекс, введивший понятие «коммерческий подкуп», которое концептуально следовало прежним критериям общественной опасности (нарушение интересов того, на благо кого исполняются трудовые функции, т.е. ущерб непосредственно работодателю). С того времени отмечается чрезвычайно небольшое количество осуждений за коммерческую коррупцию, несмотря на её сильнейшее распространение, в основном потому что делам по этим преступлениям дают ход только при согласии организации, чей управляющий работник оказался замешанным.

Однако коррупция как чрезвычайно вредное общественное явление – угроза не материальным ценностям компании, а справедливой конкуренции в целом и здоровой экономической среде, которая может быть деформирована настолько, что там не останется базовых стимулов к саморазвитию и совершенствованию.

В таком законодательном подходе по недосмотру или сознательно заложено 2 особенности. Если в коррупции участвует первое лицо организации (генеральный директор, управляющий), то он не станет доносить на себя сам и таким образом будет находиться вне области уголовной ответственности. Конечно, при громком скандале руководитель может быть снят с должности, а его преемник сможет распорядиться об уголовном преследовании. Однако в целом ряде случаев информация о коррупции, расследовании правоохранительных органов просто не будет доходить до учредителей. Кроме того, единоличный орган может также быть крупным акционером компании, и открытые действия в ущерб миноритариям не будут подлежать уголовному наказанию, т.к. его невозможно предварительно уволить. Последствия жалобы в милицию о коммерческом подкупе дублируют использование гражданско-правового средства защиты – иска о возмещении вреда. У организаций нет никакого стимула при явных доказательствах затевать долгий уголовный процесс для получения возмещения. Для неё более логично идти более коротким путем имущественного взыскания.

В сегодняшнем номере «Российской газеты» глава Администрации Президента Сергей Нарышкин даёт интересную статистику, о том, что за 2010 год зарегистрировано 1500 преступлений, связанных с коммерческим подкупом. При этом осуждено 250 человек. Не нужно калькулятора, чтобы понять, что наказанию подвергся только каждый 60-й. Далее он пишет о 150 млн. рублей, выплаченных в качестве коммерческого подкупа и изъятых правоохранительными органами. Простое арифметическое действие даёт нам цифру средней суммы подкупа в 100 тысяч рублей (примерно 3000 долларов).

Использование различного рода противоправных схем прочно укоренилось в отечественной предпринимательской среде и по оценкам отдельных экспертов «откат» можно приравнять к негласному обычаю делового оборота.

В России чрезвычайно низкая базовая ответственность за коррупцию в частной сфере (ст. 204 УК РФ) – 200 000 рублей штрафа, налагаемого на преступников независимо от величины уплаченного незаконного вознаграждения. Ответственность ужесточается в случае вымогательства и действий организованной группы лиц.

Небезынтересно отметить, что, являясь участником Конвенции ООН против коррупции (31.10.2003) и Декларации ООН о борьбе

с коррупцией и взяточничеством 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, которые инициируются именно компаниями, в том числе известными международными брендами, 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» (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» (статья 18).*

К настоящему времени указанные обязательства РФ не исполнила.

В России, как мы полагаем, ответственность за коррупцию должна быть жестче, т.к. в огромной степени борьбу с взяточничеством сдерживает неразвитость общественных институтов, и в первую очередь саморегулируемых общественных организаций, которые в профессиональной среде конкурсных управляющих, арбитров, оценщиков, аудиторов должны создавать нетерпимое отношение к попыткам совершить такие преступления. В своем Послании Федеральному собранию 30 ноября 2010 г. наш Президент открыто говорил о коррупции среди судей, о разветвленной системе агентов и посредников, которые гарантируют положительное решение судебных дел. В России нет традиции добровольного ухода со своего поста вследствие коррупционного скандала. 19 декабря 2008 года в нашей стране был принят Федеральный закон «О противодействии коррупции», однако он ничего не изменил в системе законодательных изъянов, о которых я говорил.

Наши профессиональные упования заключаются в том, чтобы, используя современные доктринальные наработки уголовно-правовой борьбы с преступлениями в коммерческой сфере, полностью реформировать системообразующее законодательство РФ, что послужило бы эффективной основой для деятельности по искоренению коммерческого подкупа в нашей стране.

The Notion of “Commercial Bribery” as It Is Understood in the Russian Legal System*

*Yuri E. Monastyrsky***

Keywords: commercial bribery; criminal liability for commercial bribery; historical roots of commercial bribery in RF; non-fulfillment of international obligation of RF to introduce criminal consequences for entities.

Ladies and gentlemen,

We, lawyers, tend to explain every serious social problem by the imperfection of law much more often than by anything else, including national traditions. Corruption in commercial relations, however, is a special phenomenon that really depends on our history to such extent that the Russian legal mechanisms and, if you will, the very Russian concept of fighting corruption, differ dramatically from those seen in foreign countries. In the early years of the Russian Empire, bribery was a necessary instrument of governance on its vast territory as payment for official benevolence and could not be too reprehensible as it also provided a mechanism of obedience for governors, who had a true commercial incentive to hang on to their offices. After a while, authorities could not but develop a negative attitude towards corruption as a form of betrayal of the interests of governmental service.

* Address at the Seminar “Best practice in fighting corruption in business transactions, features of the corruption in innovation business. Is it possible for Skolkovo to be a zone free of corruption?” under the aegis of the Foundation for Development of the Center of Research and Commercializing of New Technologies “Skolkovo” and the Embassy of Sweden, 9 December 2010.

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

However, they often considered corruption as an inevitable evil – provided, of course, that it did not entail any terrible consequences for the state power. In commerce, bribe as payment for assistance in winning a contract was not deemed a criminal offence and no difference was made between a legal fee and an action detrimental to the principal. The Russian Empire’s Criminal Code only mentioned bribery in general terms. An official receiving bribes was penalized by a six-month imprisonment (art. 656).

In the Soviet Union with its huge apparatus of repression and a widespread system of snitching, corruption took more latent forms. In the last decades of existence of the USSR, however, it grew dramatically in the economic sphere and totally congested the business reality. In the economic self-regulatory system, a crucial role was played by personal relationships established with the help of gifts, presents, kickbacks and free services, sometimes really amusing ones, such as free flat renovation, opportunity to jump the queue to access a car maintenance station, etc. Bribing a civil servant or governmental official was still considered a crime, though. An individual could be convicted for jointly committing or assisting in the commitment of an offence of bribery. Until 1996, kickbacks to get benefits in relations with a privately-held entity, even with governmental participation, had not been deemed illegal at all. In 1996, Russia adopted a new Criminal Code introducing the notion of “commercial bribery” which conceptually followed the previous criteria of public danger (infringement of the interests of an employer). Since that time, commercial bribery has very rarely constituted a cause for conviction, even though it has become overwhelmingly widespread – mostly because such crimes are usually prosecuted only with the consent of the entity whose manager was involved.

Being a very harmful social phenomenon, corruption poses a threat to the fair competition and the healthy economic environment in general rather than to any corporate material values as it can deform such competition and environment to such extent that no underlying incentive is left for self-development or self-perfection.

The legal approach described above has two intrinsic drawbacks, which have been introduced into it through neglect or deliberately. If a corruption scheme involves a top manager (such as a general director or a chief executive officer) of a company, he will hardly squeal on himself and, therefore, will always escape criminal punishment. Of course, if a juicy scandal erupts, he may be dismissed and his successor may ask that criminal proceedings be instituted against him. However, the founders of the company

will often remain unaware of the corruption or any investigation conducted against the company by law-enforcement authorities. Furthermore, the top manager may hold a major interest in the corrupt company, in which case none of his blatant actions detrimental to the minor shareholders will be subject to criminal prosecution as he could not be preliminarily fired. The consequences of a complaint of commercial bribery filed with police duplicate those of a claim for tort as a civil law remedy. With clear evidence on hand, a company has no incentive to institute extensive criminal proceedings to get compensation. Instead, it would prefer to go a shorter way of claiming damage as a more logical option.

In the today's issue of "Rossiyskaya gazeta" Sergey Naryshkin, the Head of Administration of the President of the Russian Federation, adduces interesting statistics, according to which 1,500 crimes connected with commercial bribery have been reported in 2010. Meanwhile, only 250 people have been condemned. One does not need to use a calculating machine to understand that only 1 in 60 suspects was subject to criminal penalty. Further, he mentions about 150,000,000 roubles paid out as commercial bribes and withdrawn by the law enforcement authorities. A simple arithmetical operation allows us to find out the average amount of a bribe – 100,000 roubles (slightly more than \$ 3,000).

Illegal schemes of all sorts have become so firmly entrenched in the Russian business environment that some experts believe kickback can well be considered a silent custom of trade or usage.

Responsibility for commercial bribery in Russia (Art. 204 of the Criminal Code) is not significant: criminals are imposed a fine in the amount of 200,000 roubles, regardless the amount of the bribe given or received. Of course, the responsibility becomes stricter if the crime was coupled with extortion of bribery or was committed by an organized group of persons.

Noteworthy, even though Russia is a party to both the United Nations Convention against Corruption (of 31 October 2003) and the United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions (of 16 December 1996), it is reluctant to bring its laws into accord with the key principles of those two documents. Under the Russian law, a legal entity still may not be subject to criminal prosecution – in contrast to the generally accepted European approach to tackling those offences of bribery which are committed by companies themselves, including world-famous brand names, to get orders, benefits or preferences. As a result,

lobbyist corruption in major business is never investigated thoroughly and the legal entities involved are never subjected to heavy fines in Russia.

It should be noted in that respect that, under Article 18 of the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, Russia agreed to take some measures to fight corruption. In particular, the Convention, it undertook 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 a body of the legal person, who has a leading position within the legal person.”

Up until now, Russia has not met its obligations under said Convention.

We suppose that responsibility for corrupt practices shall be stricter in Russia, as the struggle against bribery is restrained to a huge extent by the low development level of social institutions in Russia, primarily those self-regulated social organisations who should create intolerable attitudes among professional judges, arbitrators, valuers and auditors towards any attempts to commit such crimes. In his Message to the Federal Assembly on 30 November 2010, President Medvedev expressly mentioned corruption among judges and the existence of a ramified system of agents and intermediaries who guarantee positive outcome of legal cases. In Russia, there is no tradition for officials to voluntarily resign as a result of a corruption scandal. While an anti-corruption law was enacted in Russia on 19 December 2008, that law has done nothing to eliminate the legal drawbacks I have mentioned.

We, professionals in law, hope that the Russian government will rely on state-of-the-art doctrinal achievements in criminal prosecution of commercial bribery to completely reform the national system of law to effectively support efforts to eradicate commercial bribery in Russia.

Понятие односторонних актов государств в международном праве

Ильяшевич М.В. *

Статья посвящена проблеме международно-правового понятия односторонних актов государств. В ней рассматриваются вопросы правовой природы односторонних актов государств, место односторонних актов среди источников международного права, критерии, позволяющие отделить односторонние акты государств, порождающие для государства-автора международно-правовые последствия, от иных односторонних актов, носящих политический характер, предлагается анализ судебной практики и доктрины международного права, посвященной данной тематике.

Ключевые слова: односторонние акты; понятие; юридические акты; источники международного права; квалификация.

Международные обязательства для суверенных государств могут возникнуть не только на основании заключенных ими международных договоров, но и в результате совершения ими односторонних актов. Несмотря на это, среди ученых не существует единства в отношении определения понятия одностороннего акта. Также нет какого-либо международного акта, на договорном уровне определяющего содержание данного понятия. Основная трудность, препятствующая выработке единого понятия, состоит в том, что существуют различные категории односторонних актов, характеризующиеся большим разнообразием и изменчивостью.¹ Комиссия международного права ООН

* Ильяшевич Марианна Викторовна – аспирант кафедры международного права МГИМО (У) МИД РФ. miljasevits@gmail.com.

(далее КМП) занималась темой односторонних актов государств в течение 9 лет, начиная с 1997 года, когда была создана Рабочая группа и назначен специальный докладчик В. Родригез-Седеньо. Среди причин, обуславливающих необходимость выработки универсального определения односторонних актов государств, КМП подчеркнула следующие: 1) постоянно возрастающее значение односторонних актов в международном праве; 2) достаточное количество материалов для их кодификации; 3) повышение уровня правовой определенности, предсказуемости и стабильности в международных отношениях и в результате 4) усиление норм международного права.² Как указывает проф. А. Вайнгерл, вышеперечисленные причины сами по себе являются достаточными, однако еще более убедительным основанием для определения понятия является следующий факт: в свете принятых статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (2001 г.) парадоксальным является то, что, с одной стороны, существует правовой режим относительно нарушения международного обязательства, принятого на себя путем одностороннего акта государства, однако, с другой стороны, не существует правового режима, регулирующего сам процесс принятия на себя государством международного обязательства путем одностороннего акта. Подобная ситуация, по мнению ученого, является недопустимой.³

Таким образом, если государство может путем одностороннего заявления принимать на себя правовые обязательства или менять правовую или фактическую ситуацию, необходимо установить, что представляют собой односторонние акты государств. Для этого необходимо четко определить критерии, позволяющие отделить односторонние акты государств, имеющие правовые последствия, от политических заявлений, не порождающих юридических последствий.

В доктрине международного права нет единого мнения относительно того, что представляет собой односторонний акт государства – юридический факт или юридический акт? Как указывает проф.

¹ См.: Fiedler W. *Unilateral acts in international law* / ed. R. Bernhardt // *Encyclopedia of public international law*. Vol. IV. – Amsterdam: Elsevier, 2000. P. 1018; Dahm G., Delbrück J., Wolfrum R. *Völkerrecht*. Band I/3 / G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum. – 2. Aufl. – Berlin: De Gruyter Recht, 2002. P. 764.

² См.: Report of the International law commission on the work of its 49 session, 12 May – 18 July 1997, Supplement No. 10. UN Doc.: A/52/10. URL: <http://www.un.org>. Para. 196.

³ См.: Weingerl A. *Definition of unilateral acts of states* // *Электронный ресурс*. URL: <http://www.ejil.oxfordjournals.org>. P. 2.

Н.А. Ушаков, в отношении данных понятий в целом существуют противоположные мнения. Юридический факт представляет собой, по его мнению, предусмотренное нормами международного права событие, наступление которого вводит эти нормы в действие, порождая соответствующие правоотношения⁴ (в данном случае имеются в виду правовые последствия). В этом случае государство-автор не может произвольно определять правовые последствия своего акта, но может решить, совершать данный акт или нет. Проф. С.В. Черниченко подчеркивает, что о юридических фактах чаще всего говорят как о поступках, которые имеют место уже при наличии правовой нормы и субъекта, подпадающего под ее действие.⁵ Иными словами, юридический факт – конкретное жизненное обстоятельство, с которым юридическая норма связывает возникновение, изменение или прекращение правовых последствий (правоотношений).⁶ При этом ученый указывает на то, что юридический акт – это разновидность юридических фактов.⁷ Главным элементом, который позволяет выделить юридический акт среди прочих юридических фактов (событий, явлений природы) – это его волевой, причем целенаправленно волевой, характер.⁸ Таким образом, юридический акт – это волеизъявление, направленное на наступление определенных правовых последствий. Односторонние акты государств, представляющие собой волеизъявления государств, совершенные с целью наступления правовых последствий, как это признается в доктрине международного права и в ряде судебных решений, являются, согласно такому пониманию, односторонними юридическими актами. Однако, по мнению, С.В. Черниченко, а также В.А. Соколова, международный юридический акт должен представлять собой совместное волеизъявление не менее двух участников и одностороннего волеизъявления недостаточно для урегулирования отношений между участниками межгосударственных отношений.⁹ Проф. Р.А. Каламкарян, в свою очередь, указывает, что юридический акт в международном

⁴ См.: Ушаков Н.А. Международное право: Учебник / Н.А. Ушаков, Инс-т госуд. и права РАН. – М.: Юристъ, 2000. С. 26.

⁵ См.: Черниченко С.В. Теория международного права. Т. 1: Современные теоретические проблемы / С.В. Черниченко. – М.: НИМП, 1999. С. 74

⁶ См.: Там же. С. 77.

⁷ См.: Там же. С. 82.

⁸ См.: Там же. С. 83.

⁹ См.: Соколов В.А. Курс лекций по международному праву. Лекция № 5 / В.А. Соколов, Инс-т международного права, Междунар. академия инфо-ции. – М.: МГИУ, 2000. С. 30; Черниченко С.В. Теория международного права. С. 89.

праве следует определить как проявление воли в *одностороннем* или договорном порядке, приписываемое одному или нескольким субъектам международного права, которому норма этого правопорядка придает последствия, соответствующие воле.¹⁰ Справедливой в этой связи представляется точка зрения Д. Анцилотти, который относит волеизъявления государства в области международных отношений к особой категории юридических фактов – юридическим актам.¹¹ Односторонние акты государств представляют собой, прежде всего, целенаправленное выражение воли государства, как субъекта международного права, с которым оно связывает определенные правовые последствия, что, на наш взгляд, позволяет выделить такие акты в отдельную категорию юридических актов.

В связи с этим возникает вопрос, можно ли рассматривать односторонний юридический акт в качестве источника международного права.

В доктрине международного права нет однозначного подхода к данному вопросу. Например, такие юристы-международники как Х. Тирлвей, М. Хердеген и К. Скубишевски не относят односторонние акты государств к источникам международного права.¹² По мнению М. Хердегена, правовую природу односторонних актов следует рассматривать в рамках обычного права.¹³ Разделяя данную точку зрения, проф. К. Земанек отмечает, что даже если в чем-то эта точка зрения верна, согласно которой обязательная правовая сила односторонних актов обусловлена международным обычаем, а поэтому односторонние акты являются производными, а не самостоятельными источниками международного права, производный источник все равно является источником международного права.¹⁴ Проф. К. Скубишевски отрицает за односторонними актами государств характер источника международного

¹⁰ См.: Каламкарян Р.А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств / Отв. ред. В.И. Менжинский. – М.: Наука, 1984. С. 13.

¹¹ См.: Анцилотти Д. Курс международного права. Т. 1 / Под ред. и с предисл. Д.Б. Левина. – М.: Изд. иностранной литературы, 1961. С. 296 – 297.

¹² См.: Thirlway H. The sources of international law / ed. M.D. Evans // International law – Oxford: Oxford university press, 2003. P. 139-140; Herdegen M. Völkerrecht / M. Herdegen. – 8. Auf. – München: C.H. Beck, 2009. P. 146; Skubiszewski K. Unilateral acts of states / ed. M. Bedjaoui // International law: Achievements and Prospects. – Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. P. 221 – 222.

¹³ См.: Herdegen M. Völkerrecht / M. Herdegen. – 8. Auf. – München: C.H. Beck, 2009. P. 146.

¹⁴ См.: Zemanek K. Unilateral legal acts revisited / ed. K. Wellens // International law: theory and practice. Essays on honour of Eric Suy – The Hague: Kluwer law international, 1998. P. 218.

права, признавая, что они могут лишь влиять на источники международного права.¹⁵ В некоторой степени аргументом в пользу данной точки зрения послужил тот факт, что пункт 1 статьи 38 Статута Международного суда ООН, который, по общему мнению,¹⁶ представляет собой перечень источников международного права, не упоминает односторонние акты в подобном качестве. Данному утверждению можно возразить, что в пункте 1 статьи 38 Статута Международного суда ООН, по общепринятому мнению, источники международного права перечислены не в исчерпывающем виде. При этом, как отмечает В.А. Соколов, вопрос об источниках международного права является одним из ключевых и сложнейших вопросов в науке международного права, вследствие чего он остается предметом дальнейшего изучения, в ходе которого обнаруживаются новые подходы к выяснению данного вопроса.¹⁷

Вместе с тем, за немецкими¹⁸ и итальянскими учеными, которые первыми признали за односторонними актами правовую силу, последовали другие ученые¹⁹, которые также признали за односторонними актами государств важное международно-правовое значение. Немецкий юрист-международник К. Ипсен, а также ряд других юристов-международников, прямо указывают на то, что односторонние акты, насколько они вне связи с иными источниками международного права влекут за собой правовые последствия в силу самого их совершения субъектом международного права, настолько они обладают свойствами источника международного права.²⁰ Проф. Оппенгейм в этой связи

¹⁵ См.: Skubiszewski K. Unilateral acts of states. P. 221 – 222.

¹⁶ См.: Thirlway H. The sources of international law. P. 138.

¹⁷ См.: Соколов В.А. Курс лекций по международному праву. Лекция № 5. С. 4.

¹⁸ См.: Ipsen K. Die weiteren Quellen des Völkerrechts / K. Ipsen, V. Epping, E. Menzel // Völkerrecht – München: C.H. Beck, 1999. P. 201; Seidl-Hohenveldern I. Völkerrecht / I. Seidl-Hohenveldern. – 8 Auf. – Köln: C. Heymann, 1994. P. 52-53; Vitzthum W.G. Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrecht / ed. W.G. Vitzthum // Völkerrecht – Berlin: De Gruyter, 2004. P. 73.

¹⁹ См.: Goodman C. Acta sunt servanda? A regime for unilateral acts of states at international law // Presented as a paper at the 2005 ANZSIL Conference. URL: <http://law.anu.edu.au/cipl/Conferences&SawerLecture/05%20ANZSIL%20Papers/Goodman.pdf>. P. 4–5; Garner J.W. The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations // American journal of international law – 1933 – Vol. 27. P. 497; Dupuy P.M. The place and role of unilateralism in contemporary international law // European journal of international law – 2000 – No. 11. P. 19.

²⁰ См.: Ipsen K. Die weiteren Quellen des Völkerrechts. P. 201; Dahm G., Delbrück J., Wolftrum R. Völkerrecht. Band I/3. P. 765; Zemanek K. Unilateral legal acts revisited. P. 218.

пишет, что одностороннее заявление непосредственно предоставляет права и налагает обязательства на другие государства.²¹ Проф. В. Д. Деган подчеркивает в своей монографии, посвященной теме источников международного права, что односторонние акты государств, путем которых они принимают на себя новые международно-правовые обязательства или отказываются от каких-либо прав, должны рассматриваться в качестве одного из основных самостоятельных источников международного права. Такие односторонние акты не отличаются по своим последствиям от международных договоров.²² В дополнении к сказанному следует отметить, что судебная практика признает за государствами право в одностороннем порядке принимать на себя обязательства, тем самым «создавая» международное право.²³ Следует отметить, что большинство ученых, занимая ту или иную позицию, часто не предлагают какого-либо теоретического обоснования своей точки зрения, что дает почву для дальнейших сомнений относительно места односторонних актов государств в международном праве.

В этой связи следует обратиться к понятию источника международного права и в целом международного права.

Международное право представляет собой совокупность и систему международно-правовых норм, регулирующих международные отношения.²⁴ Источниками международного права при этом являются те формы, в которых находят свое выражение нормы права.²⁵ Таким образом, односторонние юридические акты государств должны представлять собой, согласно вышеуказанному определению, нормативные акты, содержащие правовые нормы.

Правовая норма – это общее формально определенное правило поведения предусмотренных ею адресатов, поведение которых она регулирует и которые именуется субъектами права.²⁶ При этом международно-правовая норма имеет по сравнению с общей теорией права специфику. Такая специфика будет отражать лежащую в ее основе

²¹ См.: Oppenheim's international law. Vol. I. Introduction and Part I / eds. R. Jennings, A. Watts. – 9th ed. – London, New-York: Longman, 1996. P. 1190.

²² См.: Degan V.D. Sources of international law / V.D. Degan. – The Netherlands: Kluwer Law International, 1997. P. 6.

²³ См.: Nuclear Tests case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974 // ICJ Reports 1974. URL: <http://www.icj-cij.org>. P. 253, para. 44.

²⁴ См.: Ушаков Н.А. Международное право: Учебник. С. 12-13.

²⁵ См.: Degan V.D. Sources of international law. P. 42.

²⁶ См.: Ушаков Н.А. Международное право: Учебник. С. 14.

ту или иную концепцию международного права. Согласно классической концепции международного права, позитивистской, международное право представляет собой согласование позиций государств, выражающее общее волю государств. Согласно такому пониманию источниками международного права являются договорные (ясно выраженное согласование волеизъявлений) и обычные нормы (молчаливое согласование) международного права. Следовательно, источник международного права может возникнуть лишь в результате согласования волеизъявлений двух или более государств. Как указывает проф. Н.А. Ушаков, нормы международного права устанавливаются по взаимному согласию субъектов международного права и ими же охраняются.²⁷ В этой связи следует привести мнение проф. С.В. Черниченко, который справедливо отмечает, что одностороннее волеизъявление представляет собой волю лишь одного государства-автора, и этого недостаточно для того, чтобы представлять собой международно-правовую норму.²⁸ Таким образом, согласно такому пониманию, односторонний акт государства в отсутствие элемента согласия не может обладать качеством международно-правовой нормы и, соответственно, источника международного права.

Необходимо отметить, что в доктрине международного права встречается точка зрения, согласно которой при совершении государством одностороннего акта, другие государства молчаливо соглашаются с таким актом, что означает наличие нескольких совпадающих волеизъявлений субъектов международного права, и, следовательно, односторонние акты государств также могут быть причислены к источникам международного права.²⁹ С данной точкой зрения сложно согласиться. На наш взгляд, в случае одностороннего акта государства говорить о наличии молчаливого согласия других государств с данным актом преждевременно.

Прежде всего, любое государство является носителем суверенитета и вправе самостоятельно в одностороннем порядке брать на себя те или иные международно-правовые обязательства, а также выражать свою позицию в связи с теми или иными событиями в международной жизни. Для действительности такого акта не требуется согласия иных

²⁷ См.: Там же. С. 6.

²⁸ См.: Черниченко С.В. Теория международного права. Т. 1: Современные теоретические проблемы. С. 82-90.

²⁹ См.: Thirlway H. The sources of international law. P. 139.

субъектов международного права, так как такой односторонний акт не налагает на них каких-либо обязательств и не затрагивает другим негативным образом их международные права. Необходимость молчаливого согласия других субъектов международного права поставила бы под сомнение вышеуказанное неотъемлемое суверенное право каждого государства.

Далее, молчание лишь в ограниченных случаях может расцениваться в качестве согласия с каким-либо положением. Например, в случаях, когда непосредственно затронуты интересы какого-либо государства и при данных обстоятельствах от него разумно ожидалось совершение акта протеста, молчание может расцениваться в качестве согласия с возникшей ситуацией. Во всех остальных случаях, в особенности, когда государство-автор в одностороннем порядке берет на себя какое-либо международно-правовое обязательство или отказывается от какого-либо принадлежащего ему права, говорить о молчании других государств в качестве согласия с действиями государства-автора, на наш взгляд, не является уместным.

Далее наиболее убедительным аргументом против данной точки зрения является, на наш взгляд, пример формирования международно-правового обычая. Для того чтобы в качестве доказательства всеобщей практики государств возник международно-правовой обычай, необходимо наступление целого ряда условий. Именно международно-правовой обычай является в классической концепции международного права результатом молчаливого согласования воли государств и поэтому представляет собой источник международного права. Бесспорно, односторонние акты государства играют важную роль в процессе формирования международно-правового обычая, но говорить о том, что отдельный односторонний акт государства уже является результатом молчаливого согласования воли субъектов международного права и, следовательно, носит характер источника международного права, представляется недопустимым.

Таким образом, односторонние акты государств не возникают в результате согласования волеизъявлений субъектов международного права, но являются односторонним волеизъявлением одного субъекта (групповым или одиночным) международного права, а, значит, не представляют собой источник международного права.

Односторонние акты государств, однако, несомненно, могут порождать международно-правовые правовые последствия в форме

создания или изменения прав, обязательств и т.д. Можно утверждать, что односторонние акты государств являются «источниками» международного права в той степени, в какой они его создают или изменяют, и правоустанавливающий характер односторонних актов в международном праве не оспаривается.³⁰ В связи с этим, наиболее справедливой, на наш взгляд, является точка зрения,³¹ согласно которой односторонние акты государств являются не источниками международного права, но источниками международно-правовых обязательств.³² По мнению немецкого юриста-международника, односторонний акт имеет в отношении субъекта международного права правовое действие, если любая третья сторона может довериться тому, что данное государство останется верным своему слову.³³

Таким образом, односторонние акты государств являются источником международно-правовых обязательств, но не источником международного права.

Возвращаясь к вопросу о понятии односторонних актов государств, следует отметить, что Рабочая группа КМП предложила ряд элементов, при наличии которых односторонний акт может порождать международно-правовые последствия. Такими элементами были названы: 1) Одностороннее выражение воли.³⁴ Данный элемент не означает, что односторонний акт должен исходить обязательно от одного государства. Речь может идти также об односторонних актах группы государств, действующих с единой целью вызвать определенные правовые

³⁰ См.: Ipsen K. Die weiteren Quellen des Völkerrechts. P. 202; Seidl-Hohenveldern I. Völkerrecht. P. 52; Nuclear Tests case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. P. 253, para 43; Shaw M.N. International law / M.N. Shaw. – 5th ed. – Cambridge: Cambridge university press, 2003. P. 114; Fiedler W. Unilateral acts in international law. P. 1018; Skubiszewski K. Unilateral acts of states. P. 222; Goodman C. Acta sunt servanda? A regime for unilateral acts of states at international law. P. 6.

³¹ См.: Рачков И.В. Односторонние акты государств: некоторые правовые вопросы // Государство и право – 2001 – № 8. С. 75; Фердросс А. Международное право / Под ред. и с предисл. Г.И. Тункина. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1959. С. 169; Cassese A. International law / A. Cassese. – Oxford: Oxford university press, 2001. P. 150-151; Каламкарян Р.А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств, С. 132.

³² См.: Nuclear Tests case (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974. P. 253, para. 43.

³³ См.: Seidl-Hohenveldern I. Völkerrecht. P. 52.

³⁴ См.: Fiedler W. Unilateral acts in international law. P. 1018; Report of the International law commission on the work of its 49 session, 12 May – 18 July 1997, Supplement No. 10. UN Doc.: A/52/10. URL: <http://www.un.org>. P. 66, para. 20.

последствия, без необходимости участия каких-либо иных субъектов международного права для его принятия или дачи ответного обязательства.³⁵ Согласно мнению К. Гудман, односторонний акт характеризуется не числом его авторов, а их отношением к появившейся норме.³⁶ 2) Отсутствие связи с какой-либо уже ранее существующей нормой или выражением воли,³⁷ как имеет место в случае с международным договором или в случае нотификации. Волеизъявление государства не должно зависеть от каких-либо иных норм, но вызывать правовые последствия само по себе.³⁸ 3) Намерение государства принять на себя правовое обязательство или, иными словами, придать своему акту обязательную юридическую силу.³⁹ Этот элемент отличает односторонний акт, вызывающий правовые последствия, от политического заявления и является основополагающим. Еще в решении смешанного арбитражного трибунала от 10.01.1927 года по делу *Emeric Kulin* между Румынией и Венгрией указывается, что одностороннее заявление в целом может налагать на государство-автора правовые обязательства, если таково было намерение самого государства и заявление сделано в соответствии с нормами международного права.⁴⁰ Помимо этого, в своем решении *Nuclear Tests* Международный суд ООН указал на то, что в результате односторонних заявлений, касающихся правовых или фактических ситуаций, могут возникать правовые обязательства, если намерением государства было придать своему заявлению обязательный характер.⁴¹ 4) Сомнения в его необходимости вызвал такой элемент, обсуждаемый

³⁵ См.: Report of the International law commission on the work of its 49 session, 12 May – 18 July 1997, Supplement No. 10. UN Doc.: A/52/10. URL: <http://www.un.org>. P. 66.

³⁶ См.: Goodman C. *Acta sunt servanda? A regime for unilateral acts of states at international law*. P. 6.

³⁷ См.: Third report on unilateral acts of states by V. Rodriguez-Cedeno, 17 February 2000. UN Doc.: A/CN.4/505. URL: <http://www.un.org>. P. 11, para. 60-69.

³⁸ См.: *Ibid.*

³⁹ См.: Report of the International law commission on the work of its 49 session, 12 May – 18 July 1997, Supplement No. 10. UN Doc.: A/52/10. URL: <http://www.un.org>. P. 67, para. 210; First report on unilateral acts of states by V. Rodriguez-Cedeno, 5 March 1998. UN Doc.: A/CN.4/486. URL: <http://www.un.org>. P. 10, para. 44; Third report on unilateral acts of states by V. Rodriguez-Cedeno, 17 February 2000. UN Doc.: A/CN.4/505. URL: <http://www.un.org>. P. 7, para. 32-36.

⁴⁰ См.: Deak F. *The Rumanian-Hungarian dispute before the Council of the League of Nations // California law review – 1928 – Vol. 16, No. 2*. P. 120-133.

⁴¹ См.: *Nuclear Tests case (Australia v. France)*, Judgment of 20 December 1974. P. 253, para 43.

в рамках Рабочей группы, как необходимость публичного выражения воли.⁴² Было высказано мнение, что данный элемент, под которым понимается использование средств массовой информации с целью оповещения международного сообщества о совершении соответствующего одностороннего акта, является необходимым только в некоторых специфических случаях, например, в случае односторонних актов, которые рассматривал Международный суд ООН в деле о ядерных испытаниях в атмосфере.⁴³ В качестве общего требования ко всем односторонним актам государств данный элемент следует понимать только в узком смысле, а именно, что адресат такого акта лишь должен быть о нем оповещен.⁴⁴

В рамках Рабочей группы было достигнуто согласие относительно того, что следующее определение односторонних актов государств лежит в основе исследования: односторонним актом является одностороннее заявление государства, путем которого оно намерено создать правовые последствия в своих отношениях с одним или более государствами или международной организацией, и о совершении которого соответствующее государство или международная организация были поставлены в известность.⁴⁵ Данное определение представляется удачным, так как учитывает субъективный элемент, а именно, волю государства-автора. В случае совершения одностороннего акта наличие у государства-автора намерения придать своему акту обязательный правовой характер имеет важнейшее значение. В данное определение могут быть включены, однако, не все односторонние акты государств, что ставит вопрос о дальнейшем исследовании данной темы.

В настоящее время для укрепления стабильности в межгосударственных отношениях по-прежнему существует необходимость внесения правовой ясности относительно института односторонних актов, являющегося одним из наименее изученных в доктрине современного международного права.

⁴² См.: Third report on unilateral acts of states by V. Rodriguez-Cedeno, 17 February 2000. UN Doc.: A/CN.4/505. P. 13, para. 78-79.

⁴³ См.: Report of the Working group on unilateral acts of states, 14 July 1999. UN Doc.: A/CN.4/L.588. URL: <http://www.un.org>. P. 2.

⁴⁴ См.: Ibid.

⁴⁵ См.: Report of the Working group on unilateral acts of states, 14 July 1999. UN Doc.: A/CN.4/L.588. URL: <http://www.un.org>. P. 3; Guiding principles applicable to unilateral declarations of states capable of creating legal obligations 2006. UN Doc. URL: <http://untreaty.un.org>.

Библиографический список.

Анцилотти Д. Курс международного права. Т. 1 / Под ред. и с предисл. Д.Б. Левина. – М.: Изд. иностранной литературы, 1961. – 447 с.

Каламкарян Р.А. Международно-правовое значение односторонних юридических актов государств / Отв. ред. В.И. Менжинский. – М.: Наука, 1984. – 136 с.

Рачков И.В. Односторонние акты государств: некоторые правовые вопросы // Государство и право – 2001 – № 8.

Соколов В.А. Курс лекций по международному праву. Лекция № 5 / В.А. Соколов, Инс-т международного права, Междунар. академия инфо-ции. – М.: МГИУ, 2000. – 31 с.

Ушаков Н.А. Международное право: Учебник / Н.А. Ушаков, Инс-т госуд. и права РАН. – М.: Юрист, 2000. – 304 с.

Черниченко С.В. Теория международного права. Т. 1: Современные теоретические проблемы / С.В. Черниченко. – М.: НИМП, 1999. – 336 с.

Фердросс А. Международное право / Под ред. и с предисл. Г.И. Тункина. – М.: Изд-во иностранной литературы, 1959. – 652 с.

Cassese A. International law / A. Cassese. – Oxford: Oxford university press, 2001. – 469 p.

Dahm G., Delbrück J., Wolfrum R. Völkerrecht. Band I/3 / G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum. – 2. Aufl. – Berlin: De Gruyter Recht, 2002. – 1176 p.

Deak F. The Rumanian-Hungarian dispute before the Council of the League of Nations // California law review – 1928 – Vol. 16, No. 2.

Degan V.D. Sources of international law / V.D. Degan. – The Netherlands: Kluwer Law International, 1997. – 572 p.

Dupuy P. M. The place and role of unilateralism in contemporary international law // European journal of international law – 2000 – No. 11.

Fiedler W. Unilateral acts in international law / ed. R. Bernhardt // Encyclopedia of public international law. Vol. IV. – Amsterdam: Elsevier, 2000.

Garner J.W. The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations // American journal of international law – 1933 – Vol. 27.

Goodman C. Acta sunt servanda? A regime for unilateral acts of states at international law // Presented as a paper at the 2005 ANSZIL Conference. URL: <http://law.anu.edu.au/cipl/Conferences&SawerLecture/05%20ANZSIL%20Papers/Goodman.pdf>.

Herdegen M. Völkerrecht / M. Herdegen. – 8. Auf. – München: C.H. Beck, 2009.

Ipsen K. Die weiteren Quellen des Völkerrechts / K. Ipsen, V. Epping, E. Menzel // Völkerrecht – München: C.H. Beck, 1999.

Oppenheim's international law. Vol. I. Introduction and Part I / eds. R. Jennings, A. Watts. – 9th ed. – London, New-York: Longman, 1996. – 587 p.

Seidl-Hohenveldern I. Völkerrecht / I. Seidl-Hohenveldern. – 8 Auf. – Köln: C. Heymann, 1994. – 488 p.

Shaw M.N. International law / M.N. Shaw. – 5th ed. – Cambridge: Cambridge university press, 2003. – 1288 p.

Skubiszewski K. Unilateral acts of states / ed. M. Bedjaoui // International law: Achievements and Prospects. – Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. – 1276 p.

Thirlway H. The sources of international law / ed. M.D. Evans // International law – Oxford: Oxford university press, 2003. – 896 p.

Vitzthum W.G. Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrecht / ed. W.G. Vitzthum // Völkerrecht – Berlin: De Gruyter, 2004. – 691 p.

Weingerl A. Definition of unilateral acts of states // Электронный ре-
сепс. URL: [http:// www.ejil.oxfordjournals.org](http://www.ejil.oxfordjournals.org).

Zemanek K. Unilateral legal acts revisited / ed. K. Wellens // International law: theory and practice. Essays on honour of Eric Suy – The Hague: Kluwer law international, 1998. – 809 p.

Concept of Unilateral Acts of States in International Law (Summary)

*Marianna V. Ilyashevitch**

The article deals with the international legal concept of unilateral acts of States. It addresses issues of legal nature of unilateral acts of States, the place of unilateral acts among the sources of international law, criteria to distinguish unilateral acts of States that generate for the State-author international legal consequences from other unilateral acts, bearing a political character, an analysis of judicial practice and doctrines of international law devoted to this subject.

Keywords: unilateral acts; definition; legal acts; sources of international law; qualification.

* Marianna V. Ilyashevitch - post-graduate student of the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia. miljasevits@gmail.com.

Правовые аспекты формирования в Европейском союзе единого рынка финансовых услуг

Лукинская М.П.*

В статье рассматриваются основные этапы формирования правового регулирования в сфере финансовых услуг в ЕС, а также источники европейского финансового права, их природа и особенности. Большое внимание уделено анализу ключевых директив, регулирующих сферу инвестиционных услуг. Прослеживается становление и развитие основных направлений единого рынка финансовых услуг, и анализируются особенности принципа взаимного признания. В статье характеризуется роль Суда ЕС в подтверждении свобод, необходимых для оказания инвестиционных и финансовых услуг. Разбирается практика Суда ЕС по ключевым делам, затрагивающим сферы финансовых услуг. Раскрываются понятия инвестиционной фирмы и «европейского паспорта» на оказание инвестиционных услуг, а также определяется порядок деятельности инвестиционных компаний. В статье показано, как принцип контроля государством регистрации регулирует деятельность финансовых учреждений, предоставляющих финансовые услуги за пределами государства регистрации компании. Рассмотрено особое место *Плана действий в сфере финансовых услуг*, как одного из наиболее важных документов для формирования в ЕС интегрированного финансового рынка. Завершает статью анализ текущей инвестиционной стратегии в ЕС.

Ключевые слова: взаимное признание; контроль государством регистрации; единый внутренний рынок; инвестиционные услуги; инвестиционная фирма.

В Римском договоре об учреждении ЕЭС 1957 г. свободное передвижение услуг было представлено в качестве одной из основ Сообщества, равно как и свобода передвижения лиц, товаров и капитала. Однако в течение длительного периода прогресс в свободном передвижении услуг был минимальным, что препятствовало существенному развитию межгосударственных финансовых отношений и возникновению единого рынка финансовых услуг внутри Сообщества.

* Лукинская Мария Петровна – аспирант кафедры Европейского права МГИМО (У) МИД РФ. mkushka@msn.com.

Отсутствие прогресса в этой сфере на ранних стадиях функционирования Сообщества (ныне Союза) объясняется мировым экономическим спадом, вызванным нефтяными кризисами 1970-х годов, высокой инфляцией, низким экономическим ростом и высокой безработицей в экономиках государств – членов ЕС, протекционистской политикой государств-членов и снижением интереса к созданию общего рынка. К тому же, в Сообществе финансовые системы, практика и правовые нормы государств-членов серьезно различались, что еще больше затрудняло любые попытки финансовой интеграции и гармонизации.

Следует отметить, что в первичном праве – учредительных договорах ЕС – нет положений, прямо регулирующих сферу финансовых услуг. Основными источниками европейского финансового права являются нормы вторичного права (директивы, регламенты), а также нормы рекомендательного характера, содержащиеся в так называемых «белых книгах» и сообщениях Европейской комиссии.¹

В середине 1980-х г.г. Европейская комиссия выдвинула ряд законодательных инициатив, направленных на гармонизацию внутри ЕС сферы банковского регулирования и контроля, процедур выпуска и размещения ценных бумаг, допуска ценных бумаг на фондовые биржи, а также приобретения ценных бумаг кредитно-финансовыми учреждениями.

В начале 1985 года Европейская комиссия выпустила Белую книгу, содержащую программу действий по созданию единого внутреннего рынка ЕС².

Одной из целей программы была ликвидация нетарифных барьеров, которая должна была не только обострить конкуренцию и вызвать общее повышение продуктивности отдельных факторов производства, но прежде всего, привести к увеличению инвестиций со стороны промышленного сектора и сферы обслуживания³.

Согласно оценке Комиссии, создание единого рынка в таком широком спектре, как финансовые услуги, государственные закупки товаров

¹ Касьянов Р.А. Финансовое право Европейского Союза // Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: учебник / рук. авт. кол. и отв. ред. Л.М. Энтин. – 3-е изд., пересмотр. и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. – С. 669.

² Llewellyn, D. The Regulation and Supervision of Financial Institutions // Gilbart Lectures on Banking, 1986.

³ Ford, C. и Kay, J. “Why Regulate Financial Services” // The Future for the Global Securities Markets. – Legal and Regulatory aspects. – Oxford: Clarendon Press, 1996.

и услуг, налогообложение, свобода передвижения физических лиц и капиталов, развитие кредитно-денежной политики – потребовало бы реализации около 300 комплексов мер. Приблизительно пятнадцать из них были посвящены финансовым услугам⁴. Согласно Белой книге реализация всей программы должна была быть завершена к концу 1992 года.

В Белой книге говорилось о трёх направлениях развития единого рынка: минимальной гармонизации, взаимном признании и контроле государством регистрации. Своими истоками два последних принципа восходят к прецедентному праву, то есть решениям Суда Европейских сообществ конца 1970-х – начала 1980-х гг.

В том, что касается первого направления, основные цели Сообщества предусматривали создание условий, необходимых для обеспечения гармонизации соответствующих национальных законодательств. В задачу нормотворческой деятельности институтов ЕС в данном контексте входило обеспечение сближения (минимальной гармонизации) между различными национальными правовыми порядками государств-членов⁵.

Второе направление – взаимное признание – основывается на следующем принципе. Товары и услуги, происходящие из одного государства-участника ЕС, должны иметь возможность свободного поступления в другие государства-члены. Преимущество принципа состоит в том, что он позволяет поддерживать широкий ассортимент продукции и услуг в пределах единого рынка, одновременно обеспечивая их свободное перемещение. Взаимное признание означает, что от субъектов экономической деятельности не требуется принудительной адаптации своей продукции к техническим условиям принимающего государства-участника. Продукция или услуги могут предоставляться в соответствии с техническими условиями государства регистрации, а взаимное признание способствует их продвижению на территории остальных государств – членов ЕС. Иными словами, если продукция или услуги соответствуют законодательным требованиям одного из государств-участников, не должно иметься ограничений на продажу или предоставление такой продукции или услуг на всей территории Сообщества (ныне Союза).

При отсутствии минимального уровня гармонизации, принцип взаимного признания не будет работать на практике. Прежде всего, это

⁴ Goodhart, C. *Financial Regulation: Why, How and Where Now?* - London: Routledge, 1998.

⁵ Cesarini, F. *Economics of securities Markets Regulation: Some Current Issues* // in Ferrarini, G. *European Securities Markets: The Investments Services Directive and Beyond*. - London: Kluwer, 1998.

актуально в отношении финансовых услуг. К тому же в интересах и для защиты прав потребителей и всей финансовой системы в целом данному сектору как никакому другому нужна надежность и стабильность правовой базы и практики. Отсюда вторым элементом эффективного применения принципа взаимного признания является взаимное доверие между государствами-членами ЕС⁶. Поэтому можно сделать вывод, что взаимное признание основано как на потребностях финансовых рынков, так и на простом прагматизме.

Наконец, третье направление – контроль государством регистрации компании – разрешает поставщику услуг, лицензированному в одном государстве – члене ЕС, осуществлять свою деятельность в любых других государствах-членах без получения дополнительных разрешений посредством предоставления услуг на межгосударственном уровне, либо путем учреждения своего филиала. В соответствии с Белой книгой власти государства регистрации несут ответственность за регулирование и контроль деятельности лицензированных ими поставщиков услуг. Однако Комиссия как бы ослабила данное правило о контроле государством регистрации, включив оговорку, согласно которой принимающее услуги государство-участник также имеет право осуществлять регулирование и контроль в степени, необходимой «для защиты государственных интересов»⁷.

Следующим важнейшим правовым источником в контексте данной статьи является Единый европейский акт 1986 г. (далее ЕЕА).

В качестве одной из основных целей ЕЕА провозгласил постепенное формирование в ЕС единого внутреннего рынка. Внутренний рынок согласно данному акту должен быть пространством без границ, в пределах которого обеспечивается свободное передвижение товаров, лиц, услуг и капитала.

Формирование единого внутреннего рынка должно было привести и к продвижению финансовой интеграции Европы, в частности, к свободному передвижению капиталов и финансовых услуг. Повторим, что свобода учреждения, экономической деятельности и предоставления услуг были провозглашены в интересах физических и юридических лиц ещё Римским договором. Однако реализация таких прав оказалась особенно трудной задачей применительно к сектору финансовых услуг.

⁶ Dassel, M. EC Banking Law. - London, Lloyd's Press, 2nd ed., 1994. – p. 245.

⁷ Van Miert, K. EU Competition Policy in the Banking Sector // Speech delivered to the foreign bankers in the Belgian bankers' association, Brussels, 22 September 1998.

Главная сложность состояла в жестком национальном регулировании сферы финансовых услуг во всех государствах – участниках ЕС, которые в первую очередь исходили из собственных национальных интересов.

Таким образом, из юридических факторов, которые должны были способствовать образованию в ЕС единого финансового рынка, назовём, прежде всего, соответствующие положения учредительных договоров. В начальном виде они содержались в статье 14 Римского договора об учреждении ЕЭС. В них говорилось, что все рыночные операторы и поставщики услуг имеют неограниченный доступ к любой части территории общего рынка, т.е. могут осуществлять свою деятельность на территории всех государств – участников Сообщества (ныне Союза).⁸ К ускорению создания единого европейского рынка финансовых услуг толкала также начавшаяся глобальная интеграция мировых финансовых рынков.

Практическая деятельность в финансовом секторе ЕС была, главным образом, сосредоточена на трех задачах: либерализации финансовых услуг, либерализации движения капитала и валютной интеграции.⁹

В данном контексте Европейская комиссия выдвинула цель создать правовую базу, предоставляющую возможность ускоренной интеграции внутригосударственных рынков ЕС с минимальным ущербом для национальных интересов государств-участников в сфере экономики, стабильности общего рынка и защиты прав потребителей. Целью Сообщества было создание единого рынка в сфере инвестиционных и финансовых услуг на всей территории ЕС посредством минимальной гармонизации национальных законодательств каждого государства-участника в степени, необходимой для учреждения финансовых институтов, межгосударственного в рамках ЕС предоставления услуг и установления общих стандартов по контролю за соблюдением соответствующих норм.

В 1987 году Комиссия представила в Совет ЕС Сообщение, основной темой которого стала либерализация перемещения капиталов, а также формирование единого европейского финансового пространства.¹⁰ Согласно позиции Комиссии либерализация финансовых услуг

⁸ Horn, N. The Monetary Union and the Internal Market for Banking and Investment Services // in Norton, J. Yearbook of Internal Financial and Economic Law. - London: Kluwer Law international, 1999.

⁹ Zavvos, G. Banking Integration and Legal issues and Policy Implication. - Harvard International Law Journal, 1990. – pp. 463-465.

¹⁰ European Commission, Progress Report on the European Monetary System and the Liberalization of Capital Markets. - COM, 1987. – p. 650.

была также необходимым условием создания подобного пространства. Решающее значение, делающее возможным предоставление инвестиционных услуг европейскими финансовыми компаниями, имеют соответствующие положения учредительных договоров.

Кроме этого большую роль в подтверждении свобод, необходимых для беспрепятственного передвижения и оказания инвестиционных и финансовых услуг, также сыграл Суд ЕС. Так в деле *Commission v Italy* Суд подтвердил, что свобода учреждения и экономической деятельности распространяется на ограничения, наложенные Италией на компании, работающие с ценными бумагами.¹¹ Подобное решение Суд ЕС вынес также в деле компании “Alpine Investments”, в котором государство пыталось ограничить возможности финансовых компаний при предоставлении услуг.¹²

Тем самым Суд подтвердил, что содержащиеся в учредительных актах свободы образуют юридическую основу создания однородной конкурентной среды для субъектов, действующих на рынке финансовых услуг.

Помимо вышеуказанных источников в рамках программы формирования внутреннего финансового рынка в ЕС был принят комплекс директив в сфере инвестиционных услуг.

Так инвестиционная деятельность кредитно-финансовых учреждений была урегулирована Второй банковской директивой (ВБД)¹³. Возможность осуществления инвестиционной деятельности в ЕС небанковским финансовым учреждениям была предоставлена Директивой об инвестиционных услугах.¹⁴ Директива о достаточности капитала¹⁵ выполняет функцию регулирования банковской деятельности и является общей базой для регулирования деятельности инвестиционных фирм, а также иных финансовых учреждений в отношении ценных бумаг.

До конца 2007 г. основным документом, определяющим общие принципы инвестиционной деятельности в ЕС, являлась Директива

¹¹ Case C-101/94 *Commission v Italy* [1996] ECR I-2691.

¹² Case C-384/93 *Alpine Investments* [1995] ECR I-1141.

¹³ Council Directive 89/646/EEC of 15 December 1989 on the conditions of laws, regulations and administrative positions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions // OJ L 386/1, 30.12.1989.

¹⁴ Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field // OJ L 141/27, 11.06. 1993.

¹⁵ Council Directive 93/6/EEC OJ L 141/1 of 15 March 1993, on the capital adequacy of investment firms and credit institutions, as amended by Council Directive 98/31/EC // OJ L 204/13, 22.06.1998.

Совета ЕС от 10 мая 1993 г. № 93/22/ЕЕС «Об инвестиционных услугах» (далее также ДИУ).

Регулирование, устанавливаемое ДИУ, имело комплексный характер и включало положения о лицензировании профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг, о контроле такой деятельности и защите прав инвесторов. В ДИУ содержались понятия, используемые в сфере рынка ценных бумаг и отражающие потребности интеграции.

В ноябре 2007 г. вступила в силу новая Директива 2004/39/ЕС о рынках финансовых инструментов (*Directive on markets in financial instruments*), которая была принята Советом ЕС 21 апреля 2004 года¹⁶. Данная Директива отменила предыдущую Директиву 93/22/ЕЕС, одновременно включив в себя ряд ее положений. Директива о рынках финансовых инструментов является одной из основ инвестиционного законодательства ЕС, устанавливая правовую базу функционирования европейских инвестиционных институтов и давая определение основополагающим юридическим терминам и понятиям, используемых в данной отрасли финансового права. Также Директива является важным инструментом гармонизации мер по регулированию ценных бумаг, как с точки зрения права на осуществление экономической деятельности, так и с точки зрения свободы предоставления инвестиционных услуг. Директива регулирует вопросы, связанные с предоставлением инвестиционных услуг инвестиционными фирмами и кредитными учреждениями государств – членов ЕС. При этом под инвестиционной фирмой понимается любое юридическое лицо, основная деятельность которого состоит в предоставлении третьим лицам одной или более инвестиционных услуг на профессиональной основе или реализации одной или более видов инвестиционной деятельности.

В качестве инвестиционных фирм могут также рассматриваться организации, не имеющие статуса юридического лица, если они в состоянии обеспечить уровень защиты интересов третьих лиц (в том числе клиентов), эквивалентный тому, который предоставляется инвестиционными фирмами – юридическими лицами.

Согласно Директиве физические лица могут рассматриваться в качестве инвестиционных фирм, если они предоставляют услуги, связанные с денежными средствами или ценными бумагами третьих лиц.

¹⁶ Директива 2004/39/ЕС от 21 апреля 2004 г. о рынках финансовых инструментов, вносящая изменения в Директивы 85/611/ЕЭС, 93/6/ЕЭС, 2000/12/ЕС и отменяющая Директиву 93/22/ЕС // OJ L 145, 30.4.2004, pp. 1-44.

Физические лица должны также отвечать некоторым дополнительным условиям (обеспеченность прав третьих лиц в отношении принадлежащих им денежных средств, контроль годовых отчетов уполномоченными аудиторами и др.)

Действие данной Директивы распространяется главным образом на инвестиционные фирмы, т.е. организации, деятельность которых заключается в предоставлении инвестиционных услуг. Такие услуги включают исполнение поручений по финансовым актам, ведение счетов, управление инвестиционным портфелем, инвестиционное консультирование и т.п.

В то же время Директива содержит перечень предприятий, изъятых из сферы её регулирования. К ним относятся страховые компании, фирмы, оказывающие инвестиционные услуги исключительно для своих материнских предприятий и их филиалов, лица, оказывающие инвестиционные услуги от случая к случаю, т.е. несистематически, поскольку занимаются другой основной деятельностью, центральные банки государств – членов ЕС и другие организации.

Основное значение рассматриваемой Директивы состоит в том, что она вносит определённую в регулирование инвестиционной деятельности кредитных организаций.

Целью Директивы о рынках финансовых инструментов является принуждение инвестиционных компаний следовать унифицированным для всего Евросоюза стандартам регулирования; для реализации этой цели Директивой вводятся единые стандарты, которые должны исполняться всеми государствами-участниками.

Помимо этого, Директива устанавливает необходимость наличия «европейского паспорта» на оказание инвестиционных услуг для специализированных инвестиционных компаний, аналогично документу, установленному Второй банковской директивой для банков. Концепция «европейского паспорта» очень проста: он позволяет компаниям, обладающим лицензией на осуществление деятельности в одном государстве-участнике, предоставлять инвестиционные услуги на территории других государств – участников ЕС, в том числе посредством учреждения филиала, на основании полученной в государстве регистрации лицензии. Следовательно, не требуется получение дополнительной лицензии от государства, в котором такая компания предоставляет услуги.

Итак инвестиционная компания вправе учреждать филиалы и предоставлять услуги на межгосударственном уровне на всей территории

ЕС на основании лицензии, выданной страной регистрации такой компании. В Директиве о рынках финансовых инструментов оговариваются условия деятельности инвестиционных компаний и требования к властям государства регистрации.

Первое условие относится к капиталу инвестиционной компании. Согласно Директиве стартовый капитал инвестиционной компании должен определяться в соответствии с правилами достаточности капитала и в зависимости от характера инвестиционных услуг, которые компания намерена оказывать.

Второе условие включает требования к лицам, которые должны управлять компанией. Прежде всего, это квалификационные требования – они должны обладать надлежащим опытом и хорошей репутацией. Компания должна управляться, по крайней мере, двумя людьми, обладающими вышеперечисленными критериями.

Лицензирование предполагает предоставление соответствующему предприятию права на оказание на профессиональной основе одной или нескольких услуг.

Директива не содержит перечня причин отказа в лицензии, оставляя это на усмотрение государств – членов ЕС, однако она содержит исчерпывающий перечень оснований для отзыва уже выданной лицензии. К ним относится не использование лицензии в течение двенадцати месяцев либо отказ фирмы от предоставления услуг в течение более шести месяцев, получение лицензии путем ложных заявлений, несоответствие фирмы требованиям, установленным в Директиве, иные основания, предусмотренные внутренним законодательством государства – члена ЕС.

В соответствии с принципом контроля со стороны государства происхождения, на компетентные власти государства, где была учреждена инвестиционная компания, возлагается основная ответственность по осуществлению надзора за деятельностью инвестиционной компании. В связи с этим Директива о рынках финансовых инструментов обязывает государства-члены ЕС принять положения, обязывающие инвестиционные компании хранить и предоставлять компетентным властям информацию, необходимую для осуществления надзора за их деятельностью. В частности такая информация должна включать все данные о сделках, заключенных инвестиционной компанией в течение пяти последних лет.

Положения рассматриваемой Директивы, касающиеся предоставления инвестиционных услуг, а также распределения обязанностей по их регулированию между государством регистрации и государством местонахождения являются важными составляющими процесса гармонизации финансового рынка и формирования единого финансового пространства ЕС.

Директива о рынках финансовых инструментов является важнейшим источником и правовой основой инвестиционной деятельности и рынка ценных бумаг в Европейском союзе. Она способствовала устранению большого числа препятствий на пути к единому рынку ценных бумаг. Тем не менее, с развитием интеграции всё яснее видны определенные структурные и содержательные недостатки этого акта. Всё более очевидно, что Директива о рынках финансовых инструментов нуждается в актуализации с тем, чтобы соответствовать новым требованиям торговли ценными бумагами. Стремление компаний к повышению результативности деятельности, снижению затрат и присутствию на всем рынке объединенной Европы стимулирует реструктуризацию инфраструктуры торговли ценными бумагами. Предложения по слиянию и образованию союзов между биржами – самые заметные проявления таких изменений. Набирает силу объединение процедур клиринга и окончательного расчета, что должно повысить эффективность операций с ценными бумагами в ЕС.

Европейский парламент и Совет ЕС приняли Директиву о достаточности капитала инвестиционных компаний и кредитных организаций № 2006/49/ЕС от 14 июня 2006 г.¹⁷ (далее также ДДК), устанавливающую требования к минимальному размеру уставного капитала кредитных организаций, предоставляющих инвестиционные услуги, для определения степени рыночного риска кредитно-финансовых учреждений и инвестиционных компаний. Дополнительные требования обусловлены необходимостью обеспечения рыночных рисков, сопутствующих инвестиционной деятельности. Данная Директива была предметом активных переговоров между правительствами государств – членом ЕС. ДДК стандартизировала требования к капиталу, которым инвестиционные компании должны соответствовать. Директива

¹⁷ Директива Европейского парламента и Совета 2006/49/ЕС от 14 июня 2006 г. о достаточности капитала инвестиционных компаний и кредитных организаций (Directive on the capital adequacy of investment firms and credit institutions). URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:177:0201:0201:EN:PDF>.

установила минимальное требование к начальному капиталу инвестиционных компаний, а также к сумме капитала, которая должна иметься у таких компаний для покрытия возможных рисков.

Дело в том, что инвестиционные компании и кредитно-финансовые учреждения конкурировали на финансовом рынке непосредственно друг с другом. Для преодоления конфликтов в рамках действия Директивы о достаточности капитала инвестиционных компаний и кредитных организаций были включены также и банки. В целях создания однородной конкурентной среды ДДК включала положения об общих стандартах в том, что касается вопросов предоставления капитала с учетом рыночных рисков. В результате действие Директивы также распространяется на рыночные риски, взятые на себя кредитно-финансовыми учреждениями.

В отношении рыночных рисков, связанных с перемещением ценных бумаг, данная Директива предусматривает минимальный размер начального капитала инвестиционных компаний, контроль над ними, определение инвестиционных компаний, их отличие от кредитно-финансовых учреждений.

Требования, предъявляемые к капиталу кредитно-финансовых учреждений и инвестиционных компаний, определяются уровнем предоставляемых ими услуг. Капитал рассматривается в контексте определяемых рисков. В анализируемой Директиве о достаточности капитала предусмотрены подробные правила расчета требуемой суммы для покрытия различных рыночных рисков.

Следует иметь в виду, что Директива о достаточности капитала инвестиционных компаний и кредитных организаций действует параллельно с Директивой Совета от 18 декабря 1989 года «Об индексе платежеспособности кредитных организаций».¹⁸

Таким образом, сформулированная в ЕС в 1992 году программа создания единого рынка, имеющая также в качестве перспективной цели создание единого финансового пространства, обеспечила возможность для финансовых учреждений эффективно осуществлять операции за пределами государства регистрации. Однако, национальные финансовые рынки ЕС оставались разделенными, а бизнес и потребители так и не получили прямого доступа к международным финансовым

¹⁸Council Directive of 18 December 1989 on a “Solvency Ratio fro Credit Institutions”, 89/647/EEC // OJ 1989 L386/14 as amended by Council Directive 92/30/EEC // OJ 1992 LI 10/52 and by Council Directive 94/7/EC // OJ 1994 L89/17.

учреждениям и рынкам, что было удручающе, особенно после введения единой валюты.

В июне 1998 года Совет ЕС призвал Европейскую комиссию рассмотреть комплекс базовых мер для оптимизации единого рынка финансовых услуг. В ответ Комиссия опубликовала Сообщение, где определила вопросы, требующие незамедлительного решения для создания единого финансового рынка.¹⁹ В Сообщении подчеркивалась необходимость интеграции финансовых услуг и рынков. Группе представителей Совета – министрам финансов и экономики государств – членов ЕС и Европейскому центральному банку было поручено оказать содействие Комиссии в выборе приоритетных действий. В результате в мае 1999 года был опубликован План действий в сфере финансовых услуг.²⁰

План действий определил ключевые меры, необходимые для формирования в ЕС интегрированного финансового рынка. В целом по значению План действий в сфере финансовых услуг можно сравнить с программой формирования внутреннего рынка 1992 года. Выполнение Плана действий в сфере финансовых услуг отслеживается Европейской комиссией и специально созданной Группой по разработке политики финансовых услуг, и соответствующий отчет о выполнении Плана публикуется два раза в год.

Введение единой валюты способствовало уменьшению валютных рисков и повышению прозрачности цен на всей территории еврозоны, что позволило интенсифицировать международные слияния и поглощения в ЕС, изменило философию инвестиционной стратегии – на данный момент очевидно наличие тенденции к инвестициям, основанным на общеевропейской модели. Глобализация и инновационные технологии способствовали созданию новых систем электронных банковских и торговых операций, что в том числе облегчило предоставление финансовых услуг на межгосударственном уровне в ЕС. Более того, союзы между биржами и консолидация финансовых услуг предлагают потребителям неограниченный выбор, создают дополнительную конкуренцию между рыночными операторами. В настоящее время формирующийся единый финансовый рынок является ключевым фактором,

¹⁹ European Commission, Financial Services: Building a Framework for Action. – COM, 28.10.1998. - p. 625.

²⁰ European Commission, Implementing the Framework for Financial Services: Action Plan. – COM, 11.05.1999, - p. 232; Касьянов Р.А. Финансовое право Европейского Союза. – С. 672- 673.

способствующим реализации целей Союза в плане роста, конкурентоспособности и создания новых рабочих мест.

Тем не менее, предстоит сделать еще очень многое. В силу того, что поставщики финансовых услуг сталкиваются с множеством юридических и технических барьеров, замедляющих внутри Евросоюза развитие свободного передвижения услуг и препятствующих созданию однородной конкурентной среды в пределах ЕС, существует неоспоримая потребность в дополнительных мерах регулирования инвестиционной и в целом финансовой деятельности.

Библиографический список.

Бирюков М.М. Европейское право до и после Лиссабонского договора. – М.: Научная книга, 2010.

Буренин А.Н. Рынок ценных бумаг и производных финансовых инструментов : учеб. пособие / А.Н. Буренин ; Научно-техн. о-во им. академика С.И. Вавилова. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2002. – 352 с. – (Теория и практика финансового рынка). – ISBN 5-902189-01-2.

Вишневский А.А. Банковское право Европейского Союза: учеб. пособие. – М.: Статут, 2000. – 388 с. – ISBN 5-8354-0048-9.

Вунш Е., Лашко Н. Допуск иностранных обществ к деятельности на территории Германии // Корпоративный юрист. – 2007. – № 1.

Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: учебник / рук. авт. кол. и отв. ред. Л.М. Энтин. – 3-е изд., пересмотр, и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011.

Жук, Е. Квалифицированные инвесторы в Евросоюзе, США и РФ: правовые модели // Рынок ценных бумаг. – 2005. – № 8.

Касьянов Р.А. Финансовое право Европейского Союза // Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека: учебник / рук. авт. кол. и отв. ред. Л.М. Энтин. – 3-е изд., пересмотр, и доп. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011.

Кузнецов А.В., Четверикова А.С. Восточноевропейские страны ЕС: куда идут их инвестиции // Современная Европа. – 2007. – № 4.

Романова Т. А. Иностранные инвестиции в становлении ЕС как актора на мировой арене // Вестник Санкт-Петербургского государственного университета. – 2002. – Серия 6. – Выпуск 2.

Титов К.В. Региональная экономическая интеграция в ЕС // Мировая экономика и международные отношения. – 2000. – № 10.

Фархутдинов, И.З. Инвестиционное сотрудничество РФ и ЕС: политико-правовые проблемы и перспективы // Евраз. юрид. журн. – 2009. – № 18.

Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

Финансовое право: учебник для вузов / под ред. Е.Ю. Грачевой, Г.П. Толстопятенко. – М.: ПРОСПЕКТ, 2006. – 532 с. – ISBN 5-98032-015-6.

Шеленкова Н.Б. Европейское финансовое право. В 3 т. Т. 1: Правовые основы европейской интеграции. Интеграционное регулирование рынка ценных бумаг. – М.: Добросвет, 2003. – 338 с. – ISBN 5-89737-093-2.

Шеленкова Н.Б. Единый европейский фондовый рынок: вопросы регулирования // Рынок ценных бумаг. – 2003. – № 2.

Шумилов В.М. Международное финансовое право: учебник / Всероссий. академия внешней торговли. – М.: Международные отношения, 2005. – 431 с. – ISBN 5-7133-1249-6.

Berry E., European Union Law – Oxford: Oxford University Press, 2007.

Cesarini, F. Economics of securities Markets Regulation: Some Current Issues // in Ferrarini, G. European Securities Markets: The Investments Services Directive and Beyond. – London: Kluwer, 1998.

Chalmers, D., and Szyszczak, E., European Union Law. Volume II. Towards a European Policy? - Ashgate: Aldershot, 1998.

Dassesse, M. EC Banking Law. - London, Lloyd's Press, 2nd ed., 1994.

Ford, C. и Kay, J. “Why Regulate Financial Services” // The Future for the Global Securities Markets. – Legal and Regulatory aspects. – Oxford: Clarendon Press, 1996.

Goodhart, C., Financial Regulation: Why, How and Where Now? – London: Routledge, 1998.

Gretschmann, K., The Subsidiary Principle: Who is do what in an Integrated Europe? – Maastricht, 1991.

Horn, N. The Monetary Union and the Internal Market for Banking and Investment Services // in Norton, J. Yearbook of Internal Financial and Economic Law. – London: Kluwer Law international, 1999.

Lee, R., What is an Exchnage? The Automation, Management and regulation of Financial Markets. – Oxford: Oxford University Press, 1998.

Llewellyn, D. The Regulation and Supervision of Financial Institutions // Gilbert Lectures on Banking, 1986.

Majone, G., *Regulating Europe*. - London: Routledge, 1996.

Schmidtchen, D. and Cooter, R., *Constitutional Law and Economics of the European Union*. – Cheltenham: Edward Elgar, 1997.

Van Miert, K. *EU Competition Policy in the Banking Sector* // Speech delivered to the foreign bankers in the Belgian bankers' association, Brussels, 22 September 1998.

Wisbey, G., *The Challenge of Technology – Regulation of Electronic Financial Markets*. – Cambridge, 2000.

Zavvos, G. *Banking Integration and Legal issues and Policy Implication* // *Harvard International Law Journal*, 1990.

Legal Aspects of Development of Single Market of Financial Services in the European Union (Summary)

*Maryia P. Lukinskaya**

The article reviews the main development stages of legal regulation of financial services in the European Union along with the sources of European finance law and its specifics. The emphasis is given to the analysis of core directives regulating investment services. Evolvement and development of main concepts of single market of financial services is being traced down, and specifics of principle of mutual recognition are being analyzed. The article characterizes the role of the Court of Justice of the European Union in affirmation of freedoms which are necessary for performance of investment and financial services in EU. Additionally the case-law of the Court of Justice of the European Union in the area of financial services is being examined hereunder. The author determines the key concepts of an investment firm and “European passport” for performance of investment services as well as makes assessment of a conduct of business of investment firms. The article points out the way whereby the home country control principal regulates business of financial institutions which provide financial services beyond borders of a country of registration. The special emphasis is given by the author to the *Financial Services Action Plan* as to one of the most essential documents for development of integrated financial market in EU. The article is being finalized by an overview of current investment strategy in the European Union.

Keywords: mutual recognition; home country control; single internal market; investment services; investment firm.

* Maryia P. Lukinskaya – post-graduate student of the Chair of European law, MGIMO-University, MFA Russia. mkushka@msn.com.

Иммуни­теты и привилегии Межпарламентской Ассамблеи СНГ и её должностных лиц

Нагиева А.А.*

Содружество Независимых Государств, созданное в 1991 году, было изначально нацелено на объединение бывших союзных республик, в свое время образовавших СССР, и на создание условий для совместного и конструктивного развития каждого из этих государств. Для эффективного осуществления государствами – участниками данной региональной организации согласованных целей и задач была учреждена институциональная система: уставные и вспомогательные органы (последние обладают, как правило, обозначенной узкой компетенцией).

Межпарламентская Ассамблея относится к уставным органам Содружества. В статье представлены результаты исследования международно-правовых основ функционирования этого органа, его основные задачи, особенности правового положения. Специальное внимание уделено иммунитету и привилегиям, которыми наделен этот важный орган и его должностные лица.

Ключевые слова: Межпарламентская Ассамблея; Содружество Независимых Государств; типовой (модельный) закон; иммунитеты и привилегии.

Межпарламентская Ассамблея СНГ – один из главных уставных органов СНГ. Согласно Соглашению о Межпарламентской Ассамблее государств – участников Содружества Независимых Государств от 27 марта 1992 года, Ассамблея является консультативным институтом¹, хотя нельзя отрицать роль этого органа в правотворческой деятельности, что, в частности выражается в принятии типовых (модельных) законов.

Решение о создании такого рода органа было принято председателями парламентов государств – участников СНГ в ходе встречи в Алма-Ате в 1992 году. Итогом этой встречи стало вышеназванное соглашение,

* Нагиева Амина Алиевна – аспирант кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. aminanagiyeva@ Rambler.ru.

¹ Соглашение о Межпарламентской Ассамблее государств – участников Содружества Независимых Государств от 27 марта 1992 года, Ст. 1 \ \ www.iacis.ru.

которое было заключено между председателями парламентов государств – участников СНГ и на основании которого была создана Межпарламентская Ассамблея. В данном Соглашении оговорены основные положения функционирования Ассамблеи; речь идет о целях, задачах, функциях, составе и других дополнительных положениях МПА. Согласно тексту данного Соглашения, основной целью МПА является создание тесной взаимосвязи и сотрудничества между парламентами государств – участников Содружества, способствование гармонизации их законодательной базы путем принятия типовых (модельных) законов и рекомендаций и приближение законодательства государств – участников СНГ к основам международного права и права ЕС, обеспечение обмена информацией между государствами-участниками, а также принятие всех необходимых мер для эффективной реализации основных задач СНГ. В Уставе СНГ говорится, что Межпарламентская Ассамблея проводит межпарламентские консультации, обсуждает вопросы сотрудничества в рамках Содружества, разрабатывает совместные предложения в сфере деятельности национальных парламентов.²

Международно-правовой основой деятельности МПА являются как учредительные документы, одобренные в рамках Содружества, так и документы, подписанные уже в рамках МПА по различным направлениям деятельности Организации. К числу основополагающих документов относятся: Алма-атинское соглашение 1992 года, Регламент Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ 1992 года, Устав СНГ 1993 года, Положение о Постоянных Комиссиях Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ 1993 года, Положение о Секретариате Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ 1993 года, Минское соглашение (Конвенция о Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ) 1995 года, Соглашение между Межпарламентской Ассамблеей государств – участников Содружества Независимых Государств и Правительством Российской Федерации об условиях пребывания Межпарламентской Ассамблеи на территории Российской Федерации от 28 августа 1997 года, и, безусловно, все типовые (модельные) законы и рекомендации, принятые уже в рамках Межпарламентской Ассамблеи.

МПА обладает широкой нормотворческой деятельностью. Это нормотворчество Ассамблеи обуславливается двумя факторами: во-первых, МПА СНГ обладает уникальным правом принятия типовых

² Устав СНГ от 22 января 1993 года. Ст. 36 www.cis.minsk.by.

(модельных) законодательных актов, отличающим её от Парламентских Ассамблей ведущих международных и европейских организаций (ПА ОБСЕ, ПАСЕ, ПА ЕС). На сегодняшний день МПА принято более 250 типовых (модельных) законов, которые носят рекомендательный характер, но в законотворческой практике государств – участников СНГ наблюдается тенденция изменения основ своих национальных нормативно-правовых актов в соответствии с требованиями типовых (модельных) законов и рекомендаций МПА. Такое соответствие нормам типовых (модельных) законов Ассамблеи одновременно означает соответствие международным и общеевропейским правовым стандартам. К примеру, в 2008 году с учетом требований МПА и ведущих европейских организаций (ПАСЕ – Парламентская Ассамблея Совета Европы, ПА ОБСЕ – Парламентская Ассамблея Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе) в Избирательный кодекс Азербайджанской Республики от 2003 года был внесен ряд изменений, что приблизило основы избирательного права Азербайджанской Республики к общеевропейским стандартам. Во-вторых, МПА в отличие от других уставных органов СНГ обладает уникальным правом заключать международные соглашения с другими государствами и международными организациями в пределах своей компетенции.³

Следует заметить, что Ассамблея на территории государств – участников СНГ пользуется правами юридического лица и может заключать договоры о приобретении движимого и недвижимого имущества и распоряжаться им, возбуждать дела в суде и участвовать в судебных разбирательствах.⁴ Это положение полностью дублирует содержание Конвенции об иммунитетах и привилегиях ООН 1946 года, где говорится, что ООН является юридическим лицом и правомочна заключать договоры, приобретать движимое и недвижимое имущество, распоряжаться им и возбуждать дела в суде.⁵

Широкая сфера деятельности данного органа подразумевает предоставление довольно большого объема иммунитетов и привилегий, как самой Ассамблее, так и ее должностным лицам. Согласно положениям статьи 4 Конвенции о Межпарламентской Ассамблее

³ Конвенция о МПА государств-участников СНГ от 26 мая 1995 года. Ст. 12.

⁴ Конвенция о МПА государств-участников СНГ от 26 мая 1995 года. Ст. 13. www.iaxis.ru.

⁵ Конвенция о привилегиях и иммунитетах ООН от 13 февраля 1946 года. Ст. 1 Действующее Международное Право под. ред. Ю.М. Колосова и Э.С. Кривчиковой, М., «Международные отношения» ЮРАЙТ, 2007, Т. 1., стр. 521.

государств – участников Содружества Независимых Государств от 26 мая 1995 года, Межпарламентская Ассамблея пользуется на территории государств-участников такими же привилегиями и иммунитетами, которые предоставляются Организации Объединенных Наций в соответствии с Конвенцией о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций 1945 года.⁶

Помещения МПА и ее органов пользуются полной неприкосновенностью, что означает, что власти государства пребывания, на территории которого разместились штаб-квартира Ассамблеи, не имеют право вступать на территорию этой Организации, иначе как с разрешения председателя или одного из должностных лиц. Неприкосновенность распространяется даже в случае форс-мажора.

МПА, её имущество и активы пользуются иммунитетом от любой формы судебного вмешательства, за исключением случаев, когда МПА, её органу или должностному лицу предъявлен гражданский иск в связи с нанесением ущерба в результате ДТП с участием автотранспортного средства, принадлежащего МПА, её органу или должностному лицу или эксплуатируемому от имени МПА, её органов и должностных лиц; а также когда к Межпарламентской Ассамблее, ее органу или члену ее персонала предъявлен гражданский иск в связи со смертью или увечьем, вызванным действием или бездействием со стороны Межпарламентской Ассамблеи, ее органа или персонала; когда Межпарламентская Ассамблея или ее органы осуществляют коммерческую деятельность в целях извлечения прибыли,⁷ а также, когда Ассамблея сама определенно отказывается от иммунитета в каком-либо отдельном случае. Однако предполагается, что никакой отказ от иммунитета не распространяется на судебные-исполнительные меры; имущество и активы также не подлежат обыску, реквизиции, конфискации, экспроприации и какой-либо другой форме вмешательства путем исполнительных, административных, судебных, законодательных или иных мер – в этом случае требуется специальный отказ.

Транспортные средства МПА и должностных лиц МПА пользуются неприкосновенностью, эти средства не подлежат задержанию или обыску. Неприкосновенностью пользуются также архивы и официальная

⁶ Конвенция о привилегиях и иммунитетах ООН от 13 февраля 1946 года. Ст. 1 Действующее Международное Право под. ред. Ю.М. Колосова и Э.С. Кривичковой, М., «Международные отношения» ЮРАЙТ, 2007, Т. 1., стр. 521.

⁷ Конвенция о МПА государств-участников СНГ от 26 мая 1995 года. Ст. 14 www.iacis.ru.

корреспонденция МПА и её органов независимо от места их нахождения.

Предметы, ввозимые на территорию государства пребывания для пользования в официальных целях, освобождаются от всех видов пошлин и таможенных сборов. При транспортировке эти предметы не подлежат таможенному досмотру и вскрытию, если нет серьезного опасения о назначении ввозимого предмета.

Межпарламентская Ассамблея освобождается от всех налогов, сборов, пошлин и других платежей, взимаемых на территории Российской Федерации, за исключением оплаты за конкретные виды услуг и коммунальные платежи. МПА и её органам принадлежит право пользования своими отличительными знаками на помещениях представительств, а также на средствах передвижения.

Исходя из характера предоставления иммунитетов и привилегий международным организациям международными соглашениями, на государстве пребывания лежит обязательство соблюдения всех необходимых условий, предусмотренных этими соглашениями, для успешного выполнения международными организациями и их персоналом своих функций. В случае с МПА государством пребывания является Российская Федерация (штаб-квартира – г. Санкт-Петербург).

Основу должностных лиц МПА составляют парламентские делегации государств – участников СНГ. Из представителей парламентов государств-участников формируется структура Секретариата и Комиссий МПА. Представители национальных парламентов принимают самое непосредственное участие в текущей работе Ассамблеи и по совместительству занимают посты заместителей Генерального Секретаря. Должностные лица Ассамблеи пользуются тем же объемом иммунитетов и привилегий, который распространяется на должностных лиц ООН.

В этой связи можно утверждать, что правовая природа иммунитетов и привилегий представителей национальных парламентов государств – участников СНГ при МПА основывается на комбинированной теории, так как сочетает в себе как основы функциональной теории, так и представительную теорию.

Говоря, непосредственно, о личных иммунитетах и привилегиях должностных лиц, следует заметить, что к их числу относятся:

– Личная неприкосновенность. Должностные лица МПА пользуются иммунитетом от уголовной, гражданской и административной юрисдикции Российской Федерации в отношении действий, совершенных

ими при выполнении своих служебных обязанностей, а их имущество в отношении тех же действий – иммунитетом от обыска, ареста и реквизиции. Должностные лица освобождаются от обязанности давать показания в качестве свидетелей в отношении обстоятельств, связанных с деятельностью Межпарламентской Ассамблеи.⁸

– Свобода передвижения. Государство пребывания, в данном случае – Российская Федерация, обязано создать все необходимые условия для беспрепятственного перемещения должностных лиц по территории государства, беспрепятственное пересечение границы и прохождения таможенного контроля. Свобода передвижения может ограничиваться только в зонах, находящихся под особым режимом государства.

– Должностные лица обладают правом свободы сношения. Это означает, что должностные лица имеют право пользования всеми законными средствами связи, включая право пользования шифром и кодом для сношения с посылающим государством, и получать корреспонденцию и почту, сопровождаемую курьерами. Нарушение права на свободу сношений со стороны властей государства пребывания влечет за собой уголовную ответственность.

– Должностные лица и члены их семьи должны быть изъяты из-под ограничения по иммиграции. Российская Федерация в свою очередь должна предпринимать все необходимые меры для их регистрации в соответствующих органах должным образом.

– Должностные лица пользуются судебным-процессуальным иммунитетом в отношении всего сказанного и написанного ими, а также в отношении действий, совершенных ими при исполнении своих служебных обязательств. Наличие этого иммунитета обеспечивает полную свободу слова и независимость при исполнении служебных обязательств.

– Багаж должностного лица не подлежит таможенному досмотру, если нет серьезных опасений о назначении ввозимого предмета. Багаж должностного лица освобождается от всех видов пошлин и таможенных сборов, за исключением оплаты за перевозку и транспортировку груза.

– Должностные лица и члены их семьи пользуются теми же льготами по репатриации в период международного кризиса, что и дипломатические агенты.

⁸ Соглашение между МПА государств – участников СНГ и Правительством Российской Федерации об условиях пребывания МПА на территории РФ от 28 августа 1997 года. Ст. 10 www.iacis.ru.

– Неприкосновенность распространяется и на транспортное средство должностного лица. Транспортное средство должностного лица не может подвергаться задержанию, обыску и т.д. Однако в случаях систематического нарушения правил дорожного движения и злоупотребления данным иммунитетом, от соответствующих органов государства пребывания может поступить докладное письмо в надлежащие органы посылающего государства либо же в органы самой Ассамблеи.

– На резиденцию или место жительства должностного лица Ассамблеи также распространяется иммунитет неприкосновенности.

Привилегии и иммунитеты должностным лицам предоставляются не для их личной выгоды, а для беспрепятственного и успешного осуществления ими своих функций. Однако за Парламентом посылающего парламентскую делегацию государства, а также за Генеральным Секретарем Ассамблеи сохраняется право отказа от иммунитета, в случае если наличие иммунитета мешает отправлению правосудия. Посылающее государство и Ассамблея со своей стороны должны предпринимать все необходимые меры для успешного сотрудничества в сфере отправления правосудия, недопущения злоупотреблениями иммунитетами и привилегиями и надлежащего исполнения рекомендаций правоохранительных органов государств – участников СНГ.

Привилегии и иммунитеты распространяются также на членов семьи должностных лиц, если они не являются гражданами государства пребывания и проживают вместе с ними. Иммунитеты и привилегии должностных лиц и членов их семей прекращают действовать либо на момент выезда из государства пребывания, либо по истечении разумного срока времени.

Следует отметить, что в делегацию представителей от Парламентов государств – участников СНГ может также входить административно-технический и обслуживающий персонал. Сотрудники, входящие в административно-технический и обслуживающий персонал, могут быть как гражданами посылающего государства, так и гражданами государства пребывания. На административно-технический персонал тоже распространяется определенный объем иммунитетов и привилегий. Эксперты, выполняющие поручения МПА, наделяются следующими иммунитетами и привилегиями: иммунитет от личного ареста или задержания и от наложения ареста на их личный багаж, судебнопроцессуальный иммунитет в отношении всего сказанного и написанного, а также в отношении служебных действий, который продолжает

действовать даже после окончания срока командировки; неприкосновенность всех документов и бумаг, право пользоваться шифром и кодом, а также получать документы посредством курьера несопровождаемой вализы для сношений с МПА и с её органами; личный багаж не подлежит таможенному контролю и досмотру, если нет серьезных оснований предполагать, что он содержит предметы, ввоз и вывоз которых запрещен законом или регулируется карантинными правилами государства пребывания.⁹

Иммуниитетами и привилегиями могут пользоваться не только должностные лица и сотрудники МПА, но также и представители государств, которые имеют статус наблюдателя при Ассамблее. В Алма-атинском Соглашении закреплено положение, согласно которому в работе МПА могут принимать участие не только представители парламентов государств – участников СНГ, но и парламенты любого другого государства, изъявившего такое желание¹⁰. В 2006 году эти правом воспользовался Парламент Исламской Республики Афганистан и получил статус наблюдателя при Ассамблее.

Таким образом, исследовав весь объем иммунитетов и привилегий МПА, представителей парламентских делегаций и должностных лиц, можно сделать вывод о том, что МПА является единственным органом СНГ, который создает максимально благоприятные условия для беспрепятственного осуществления её сотрудниками своих функций. Именно такой большой объем иммунитетов и привилегий, а также широкая нормотворческая деятельность ставит Ассамблею в более привилегированное положение по сравнению со всеми остальными органами Содружества. Модель функционирования МПА перенята многими Парламентскими Ассамблеями других региональных организаций на пространстве СНГ. К примеру, за основу положений ПА ОДКБ и ПА ЕврАзЭС взяты положения основополагающих документов МПА. Это подтверждает высокую эффективность деятельности Ассамблеи и прочность её нормативно-правовой базы.

В последние годы МПА тесно сотрудничает с международными организациями, в частности, с ООН, ЮНЕСКО, ВОИС, ПАСЕ, ПА ОБСЕ,

⁹ Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера от 14 марта 1975 годаю Ст. 35; Действующее Международное Право под. ред. Ю.М. Колосова и Э.С. Кривчиковой, М., «Международные отношения» ЮРАЙТ, 2007, Т. 1., стр. 503.

¹⁰ Соглашение о МПА государств-участников СНГ от 27 марта 1992 года. Ст. 15 www.iaicis.ru.

ПА ЕС и с Парламентскими Ассамблеями других международных региональных организаций, включая Арабский Межпарламентский Союз, Латиноамериканский Парламент, Панафриканский Парламент, Парламентский Союз ОИК, Постоянный Совет Парламентариев Арктического Региона, Северный Совет, Центральноамериканский Парламент. МПА подписала около 24 соглашений с ведущими международными организациями и парламентскими ассамблеями этих организаций. К примеру, были заключены следующие соглашения о сотрудничестве: Соглашение о сотрудничестве между МПА и ПАСЕ 1997 года, Совместное заявление Совета МПА и Бюро ПА ОБСЕ 1998 года, Меморандум о сотрудничестве Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) с Секретариатом Совета МПА, Протокол о сотрудничестве между МПА и Парламентской Ассамблеей Черноморского Экономического Сотрудничества 1998 года, Соглашение о сотрудничестве по обмену информацией между Советом МПА и Центральноамериканским парламентом 1999 года, Меморандум о намерениях между Департаментом ООН по экономическим и социальным вопросам (ДЭСВ) и МПА по сотрудничеству в экономической, социальной и родственных областях 1999 года, Трехстороннее соглашение о сотрудничестве между МПА, Советом Федерации РФ и ПАСЕ от 29 апреля 2010 года.

В заключение следует отметить, что все эти соглашения подтверждают международную значимость и весомость МПА, как в региональном, так и в мировом масштабе. Существенную роль при этом играют иммунитеты и привилегии, которыми наделяются МПА, представители парламентских делегаций, должностные лица и эксперты МПА, дающие возможность успешно осуществлять цели и задачи этого важнейшего органа СНГ.

Immunities and Privileges of Interparliamentary Assembly of CIS and its Officials (Summary)

*Amina A. Nagiyeva**

Commonwealth of Independent States, created in 1991, was originally focused on the former Soviet republic's consolidation, at one time formed the Soviet Union, and to create conditions for a constructive and cooperative development of each of these states. For the effective implementation by States - participants of the regional body of agreed goals and objectives established institutional system: statutory and subsidiary bodies (the latter have generally indicated a narrow competence).

Interparliamentary Assembly refers to the statutory bodies of the Commonwealth. The article presents the results of an international legal basis for the functioning of the body, its main tasks, especially the legal situation. Special attention is paid to the immunities and privileges vested in this important body and its officials.

Keywords: Interparliamentary Assembly; Commonwealth of Independent States; model law; immunities and privileges.

* Amina A. Nagiyeva – post-graduate student at the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. aminanagiyeva@rambler.ru.

ДОКУМЕНТЫ

Конвенция Африканского союза о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказании им помощи в Африке (Кампальская конвенция)*

Преамбула

Мы, Главы Государств и Правительств Государств – Членов Африканского Союза;

СОЗНАВАЯ серьезность положения лиц, перемещенных внутри страны, которая является причиной продолжающейся нестабильности и напряженности в Африканских государствах;

ТАКЖЕ СОЗНАВАЯ страдания и особую уязвимость лиц, перемещенных внутри страны;

НАПОМИНАЯ об исконных Африканских обычаях и традициях, согласно которым местные сообщества принимают людей, находящихся в бедственном положении, и таким сообществам оказывается поддержка;

ВЫРАЖАЯ ПРИВЕРЖЕННОСТЬ нашему общему представлению об обеспечении долгосрочных решений для случаев перемещения людей внутри страны путем установления соответствующего правового механизма для их защиты и оказания им помощи;

БУДУЧИ ИСПОЛНЕННЫМИ РЕШИМОСТИ принять меры, направленные на предотвращение и ликвидацию явления перемещения внутри страны путем искоренения его коренных причин, в особенности,

* Неофициальный перевод Конвенции Африканского союза о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказании им помощи в Африке (Кампальской Конвенции). Перевод осуществлен к.ю.н., проф. Д.В. Ивановым и Н. Бобринским.

продолжительных и периодически возникающих конфликтов, как и меры, направленные на борьбу с перемещениями, вызванными стихийными бедствиями, которые оказывают разрушающее воздействие на жизнь людей, мир, стабильность, безопасность и развитие;

ПРИНИМАЯ ВО ВНИМАНИЕ Учредительный Акт Африканского Союза 2000 года и Устав Организации Объединенных Наций 1945 года;

ВНОВЬ ПОДТВЕРЖДАЯ принципы суверенного равенства Государств-Участников, их территориальной целостности и политической независимости, установленные Учредительным Актом Африканского Союза и Уставом ООН;

ПРИНИМАЯ ВО ВНИМАНИЕ Всеобщую декларацию прав человека 1948 года, Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года, четыре Женевские конвенции 1949 года и Дополнительные протоколы к Женевским конвенциям 1977 года, Конвенцию ООН о статусе беженцев 1951 года и Протокол о статусе беженцев 1967 года, Конвенцию ОАЕ по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке 1969 года, Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 года, Африканскую хартию прав человека и народов 1981 года и Протокол к Африканской хартии прав человека и народов о правах женщин в Африке 2003 года, Африканскую конвенцию о правах и благополучии ребенка 1990 года, Аддис-Абебское заключение о беженцах и принудительных перемещениях населения в Африке 1994 года и другие соответствующие договоры Организации Объединенных Наций и Африканского Союза в области прав человека и соответствующие резолюции Совета Безопасности;

УЧИТЫВАЯ, что Государства – Члены Африканского Союза приняли демократическую идеологию и придерживаются принципов недискриминации, равенства и равной правовой защиты, предусмотренных Африканской хартией прав человека и народов 1981 года, равно как и другими региональными и международными договорами в области прав человека;

ПРИЗНАВАЯ неотъемлемые права лиц, перемещенных внутри страны, предусмотренные и охраняемые международным правом прав человека и международным гуманитарным правом и установленные в Руководящих принципах ООН о перемещении внутри страны 1998 года, признанных в качестве важной основы для международной защиты лиц, перемещенных внутри страны;

ПОДТВЕРЖДАЯ нашу первоочередную ответственность и обязанность уважать, защищать и осуществлять права, которыми наделены лица, перемещенные внутри страны, без какой-либо дискриминации;

ОТМЕЧАЯ особую роль международных организаций и учреждений ООН в рамках межинституционального сотрудничества в отношении лиц, перемещенных внутри страны, в особенности, опыт в области защиты Управления Верховного комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ ООН) и предложение, сделанное Исполнительным комитетом Африканского Союза в Решении EX/CL.413 (XIII), принятом в июле 2008 года в Шарм-эль-Шейхе, Египет, заключающееся в том, чтобы продолжать и совершенствовать его усилия по защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказанию им помощи в рамках координационного механизма ООН; а также отмечая мандат Международного Комитета Красного Креста по защите и помощи лицам, затронутым вооруженными конфликтами и иными сопряженными с насилием ситуациями, равно как и работу с организациями гражданского общества, в соответствии с законами стран, в которых они осуществляют такую деятельность и задачи;

НАПОМИНАЯ об отсутствии юридически обязательной правовой и институциональной системы, специально направленной на предотвращение перемещения внутри страны, а также на защиту лицам, перемещенным внутри страны, и помощь им;

ВНОВЬ ПОДТВЕРЖДАЯ историческую приверженность Государств – Членов Африканского Союза защите и помощи беженцам и перемещенным лицам и, в частности, исполнению Решения Исполнительного Совета EX/CL/127 от июля 2004 года, принятого в Аддис-Абебе в отношении сотрудничества с соответствующими партнерами и другими вовлеченными лицами, с целью обеспечения необходимой правовой базы, которая гарантировала бы лицам, перемещенным внутри страны, необходимую защиту и помощь, а также принятие долгосрочных решений;

ПРЕИСПОЛНЕННЫЕ УБЕЖДЕНИЯ в том, что настоящая Конвенция о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказании им помощи представляет собой такую правовую основу;

ДОГОВОРИЛИСЬ О НИЖЕСЛЕДУЮЩЕМ:

Статья 1

Определения

Для целей настоящей Конвенции:

- a. «Африканская Хартия» – Африканская Хартия прав человека и народов;
- b. «Африканская Комиссия» – Африканская Комиссия по правам человека и народов;
- c. «Африканский Суд по правам человека» – Африканский Суд по правам человека;
- d. «Произвольное перемещение» – произвольное перемещение в значении подпунктов (a) – (h) пункта (4) статьи 4;
- e. «Вооруженные Группы» – антиправительственные вооруженные силы или иные организованные вооруженные группы, отличные от вооруженных сил государства;
- f. «АС» – Африканский Союз;
- g. «Комиссия АС» – Секретариат Африканского Союза, который является депозитарием региональных договоров;
- h. «Ребенок» – любой человек, не достигший возраста 18 лет;
- i. «Учредительный Акт» – Учредительный Акт Африканского Союза;
- j. «Вредоносные действия» – любое поведение, отношения и/или действия, которые отрицательно воздействуют на основные права лиц, такие как, в частности, право на жизнь, здоровье, достоинство, образование, психическую и физическую целостность и развитие;
- k. «Лица, перемещенные внутри страны» – лица или группы лиц, которые были принуждены или вынуждены бежать из своих домов или мест обычного проживания или покинуть их, в частности, вследствие вооруженного конфликта, ситуаций массового насилия, нарушений прав человека или природных или антропогенных катастроф, или для того, чтобы избежать последствий таковых, и которые не пересекали международно-признанную границу Государства;
- l. «Перемещение внутри страны» – принудительное или вынужденное перемещение, эвакуация или переселение лиц или групп лиц внутри международно-признанных границ государств;
- m. «Государство-Член» – Государство – Член Африканского Союза;
- n. «Негосударственные субъекты» – частные субъекты, не являющиеся должностными лицами Государства, включая иные вооруженные

группы, не указанные выше в пункте (d) статьи 1, действия которых не могут быть вменены Государству;

- o. «ОАЕ» – Организация Африканского Единства;
- p. «Женщины» – лица женского пола, включая девочек;
- q. «Стандарты Проекта «Сфера»» – стандарты мониторинга и оценки эффективности и воздействия гуманитарной помощи; и
- г. «Государства-Участники» – Африканские Государства, которые ратифицировали настоящую Конвенцию или присоединились к ней;

Статья 2

Цели

Цели Конвенции заключаются в том, чтобы:

- a. Поддержать и укрепить региональные и национальные мероприятия, направленные на предотвращение или минимизацию, запрещение или устранение исходных причин перемещения внутри страны, равно как и обеспечить долгосрочные решения;
- b. Установить правовую основу для предотвращения перемещения внутри страны, защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи в Африке;
- c. Установить правовую основу для обеспечения солидарности, сотрудничества, долгосрочных решений и взаимной помощи Государств-Участников в целях борьбы с перемещениями и устранения их последствий;
- d. Установить обязательства и обязанности Государств-Участников, в отношении предотвращения перемещения внутри страны и защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи;
- e. Предусмотреть соответствующие обязательства, обязанности и задачи вооруженных групп, негосударственных субъектов и других соответствующих субъектов, включая общественные организации, в отношении предотвращения перемещения внутри страны, защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи;

Статья 3

Общие Обязательства Государств-Участников

1. Государства-Участники обязуются соблюдать и обеспечивать соблюдение настоящей Конвенции, в частности, Государства-Участники должны:

- a. Воздерживаться от произвольного перемещения населения, запретить и предотвращать его;
- b. Предотвращать политическое, социальное, культурное и экономическое обособление и маргинализацию, которые могут вызвать перемещение групп людей в силу их социальной принадлежности, религии или политических взглядов;
- c. Соблюдать и обеспечивать соблюдение принципов гуманности и человеческого достоинства лиц, перемещенных внутри страны;
- d. Соблюдать и обеспечивать соблюдение и защиту личных прав лиц, перемещенных внутри страны, включая право на гуманное обращение, недискриминацию, равенство и равную правовую защиту;
- e. Соблюдать и обеспечивать соблюдение норм международного гуманитарного права, касающихся защиты лиц, перемещенных внутри страны;
- f. Соблюдать и обеспечивать соблюдение гуманитарного и гражданского режима защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи, включая меры по обеспечению того, чтобы такие лица воздерживались от участия в диверсионной деятельности;
- g. Обеспечить личную ответственность за акты произвольного перемещения, в соответствии с применимым национальным и международным уголовным правом;
- h. Обеспечить ответственность негосударственных субъектов, включая транснациональные компании и частные военные или охранные организации, за акты произвольного перемещения или соучастие в таковых;
- i. Обеспечить ответственность негосударственных субъектов, вовлеченных в деятельность по исследованию и эксплуатации экономических и природных ресурсов, которая приводит к перемещениям;
- j. Гарантировать оказание помощи лицам, перемещенным внутри страны, путем обеспечения их основных нужд, а также обеспечения и упрощения быстрого и беспрепятственного доступа гуманитарных организаций и персонала;
- k. Укреплять самообеспечение и обеспечивать устойчивое жизнеобеспечение лиц, перемещенных внутри страны, при условии, что такие меры не должны использоваться для обоснования отказа от защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи без ущерба для любых других мер по оказанию помощи;

2. Государства-Участники обязаны:

а. Включить свои обязательства в соответствии с настоящей Конвенцией в свое национальное право путем принятия или изменения соответствующего законодательства о защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказанию им помощи в соответствии со своими международно-правовыми обязательствами;

б. Определить, при необходимости, ведомство или учреждение, которое будет отвечать за координацию деятельности, направленной на защиту лиц, перемещенных внутри страны, и оказание им помощи и передать полномочия в области защиты и оказания помощи, сотрудничества с соответствующими международными организациями и учреждениями, а также общественными организациями надлежащим органам, если такое ведомство или учреждение не существует;

с. Принять иные необходимые меры, включая стратегии и программы в отношении перемещения внутри страны на национальном и местном уровнях, с учетом нужд принимающих сообществ;

д. Обеспечить, по возможности, необходимое финансирование защиты и помощи, не отказываясь при этом от получения международной поддержки;

е. Прилагать усилия к тому, чтобы учесть соответствующие принципы, содержащиеся в настоящей Конвенции, в ходе мирных переговоров и включать данные принципы в мирные соглашения с целью поиска долгосрочных решений проблемы перемещения внутри страны.

Статья 4

Обязательства Государств-Участников в отношении защиты от перемещения внутри страны

1. Государства-Участники обязаны соблюдать и обеспечивать соблюдение своих международно-правовых обязательств, включая права человека и гуманитарное право, так чтобы предотвратить и избежать установления условий, которые могут привести к произвольному перемещению людей;

2. Государства-Участники обязаны разработать систему раннего предупреждения, в рамках континентальной системы раннего предупреждения, в областях потенциального перемещения, принять и ввести в действие стратегии снижения рисков катастроф, меры готовности к чрезвычайным ситуациям и катастрофам и управления ими и,

при необходимости, обеспечить незамедлительную защиту и помощь лицам, перемещенным внутри страны;

3. Государства-Участники вправе стремиться к сотрудничеству с международными организациями или гуманитарными учреждениями, организациями гражданского общества и другими соответствующими субъектами;

4. Все лица имеют право получить защиту от произвольного перемещения. Запрещенные виды произвольного перемещения включают, в частности:

a. Перемещение, основанное на политике расовой дискриминации или иных сходных практиках, направленных на изменение этнического, религиозного или расового состава населения или имеющих следствием такие изменения;

b. Индивидуальное или массовое перемещение гражданских лиц в ходе вооруженных конфликтов, если оно не требуется для обеспечения безопасности данных гражданских лиц или в силу непременных военных соображений в соответствии с международным гуманитарным правом;

c. Перемещение, намеренно используемое в качестве метода ведения войны или обусловленное иными нарушениями международного гуманитарного права в ходе вооруженного конфликта;

d. Перемещение, вызванное массовым насилием или нарушениями прав человека;

e. Перемещение, являющееся следствием вредоносных действий;

f. Принудительная эвакуация при природных и антропогенных катастрофах или в силу иных событий, если эвакуация не требуется для обеспечения безопасности и здоровья эвакуируемых;

g. Перемещение, используемое в качестве коллективного наказания;

h. Перемещение, вызванное действиями, событиями, факторами или явлениями, которые сходны со всеми вышеперечисленными обстоятельствами по своей тяжести и которые не допустимы согласно международному праву, в том числе международному праву прав человека и международному гуманитарному праву.

5. Государства-Участники обязаны прилагать усилия по защите сообществ, которые особым образом связаны с территорией или зависимы от нее в силу своих культурных и духовных ценностей,

от перемещения с такой территории, за исключением случаев, когда необходимо учитывать основополагающие или более значимые публичные интересы;

6. Государства-Участники объявляют акты произвольного переселения преступлениями, которые наказуемы по закону и приравниваются к геноциду, военным преступлениям и преступлениям против человечности.

Статья 5

Обязательства Государств-Участников в отношении защиты и оказания помощи

1. Государства-Участники должны нести первостепенную обязанность и ответственность по обеспечению защиты и гуманитарной помощи лицам, перемещенным внутри их территории или территориальной юрисдикции, воздерживаясь при этом от какой-либо дискриминации.

2. Государства-Участники обязаны осуществлять сотрудничество друг с другом по требованию заинтересованного Государства-Участника или Конференции Государств-Участников в области защиты лиц, перемещенных внутри страны и оказания им помощи.

3. Государства-Участники обязаны уважать мандаты Африканского Союза и Организации Объединенных Наций, а также задачи международных гуманитарных организаций в обеспечении защиты лиц, перемещенных внутри страны, оказания им помощи в соответствии с международным правом.

4. Государства-Участники должны принять меры по защите лиц, которые были перемещены внутри страны вследствие природных или антропогенных катастроф, включая изменение климата, и по оказанию им помощи.

5. Государства-Участники обязаны оценивать или обеспечивать оценку нужд и уязвимости лиц, перемещенных внутри страны, и принимающих сообществ, в сотрудничестве с международными организациями или учреждениями.

6. Государства-Участники обязаны обеспечить достаточную защиту и оказание помощи лицам, перемещенным внутри страны, и, если имеющиеся ресурсы для этого не достаточны, они должны осуществлять сотрудничество при обращении за помощью к международным организациям и гуманитарным учреждениям, общественным

организациям и другим соответствующим субъектам. Такие организации могут предложить свои услуги всем, кто в них нуждается.

7. Государства-Участники должны предпринять необходимые шаги для эффективной организации мер по оказанию помощи, которые по своему характеру являются гуманитарными и беспристрастными и гарантируют безопасность. Государства-Участники должны разрешить быструю и беспрепятственную доставку всех грузов, оборудования и персонала лицам, перемещенным внутри страны. Государства-Участники должны также санкционировать и стимулировать деятельность местных и международных организаций и гуманитарных учреждений, общественных организаций и других соответствующих субъектов по обеспечению защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказанию им помощи. Государства-Участники имеют право на установление технических условий, при соблюдении которых такая доставка разрешается.

8. Государства-Участники должны поддерживать гуманитарные принципы гуманности, нейтральности, беспристрастности и независимости субъектов гуманитарной деятельности и обеспечивать их уважение.

9. Государства-Участники должны уважать право лиц, перемещенных внутри страны, мирно требовать или искать защиты и помощи, в соответствии с применимыми национальными и международными нормами, за которое они не должны подвергаться преследованию, осуждению или наказанию.

10. Государства-Участники обязаны уважать, защищать и не подвергать нападениям или не причинять иной вред гуманитарному персоналу и ресурсам или иным материалам, поставленным для оказания помощи лицам, перемещенным внутри страны, или в их интересах.

11. Государства-Участники должны принимать меры, направленные на то, чтобы обеспечить соблюдение вооруженными группами их обязательств согласно Статье 7.

12. Ничто в настоящей Статье не умаляет принципы суверенитета и территориальной целостности государств.

Статья 6

Обязательства, касающиеся международных организаций и гуманитарных учреждений

1. Международные организации и гуманитарные учреждения должны исполнять свои обязательства по настоящей Конвенции в соответствии с международным правом и правом стран, в которых они осуществляют свою деятельность.

2. При обеспечении защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказании им помощи международные организации и гуманитарные учреждения обязаны уважать права таких лиц в соответствии с международным правом.

3. На международные организации и гуманитарные учреждения должна быть возложена обязанность по соблюдению принципов гуманности, нейтральности, беспристрастности и независимости субъектов гуманитарной деятельности, и по обеспечению соблюдения соответствующих международных стандартов и кодексов поведения.

Статья 7

Защита лиц, перемещенных внутри страны, и оказание им помощи при вооруженных конфликтах

1. Положения настоящей Статьи никоим образом не должны быть истолкованы как предоставление правового статуса, легитимация или признание вооруженных групп, и не умаляют личную уголовную ответственность членов таких групп в соответствии с национальным и международным уголовным правом.

2. Ни одно из положений настоящей Конвенции не должно применяться для нанесения ущерба суверенитету Государства или ответственности Правительства по поддержанию или восстановлению законности и порядка в Государстве или защиты национального единства и территориальной целостности Государства всеми законными средствами.

3. Защита лиц, перемещенных внутри страны, и оказание им помощи в соответствии с настоящей Статьей должны регулироваться международным правом, в частности, международным гуманитарным правом.

4. Члены Вооруженных групп должны нести уголовную ответственность за свои деяния, нарушающие права лиц, перемещенных внутри страны, в соответствии с международным и национальным правом.

5. Членам вооруженных групп должно быть запрещено:

a. Осуществлять произвольное перемещение;

b. Препятствовать предоставлению лицам, перемещенным внутри страны, защиты и помощи при любых обстоятельствах;

с. Отказывать лицам, перемещенным внутри страны, в праве на жизнь в условиях, удовлетворительных с точки зрения достоинства, безопасности, гигиены, здоровья и проживания, и разделять членов одной семьи.

d. Ограничивать свободу передвижения лиц, перемещенных внутри страны, внутри территории их проживания и за ее пределами;

e. Привлекать к военной службе детей или требовать их участия в военных действиях или позволять им участвовать в военных действиях;

f. Насильственно привлекать к военной службе лиц, похищать, в том числе с применением силы, брать в заложники, обращать в сексуальное рабство или торговать людьми, в особенности, женщинами и детьми;

g. Препятствовать оказанию гуманитарной помощи и доставке любых поставляемых с целью оказания помощи грузов, оборудования и персонала лицам, перемещенным внутри страны;

h. Нападать или иным образом наносить вред гуманитарному персоналу и ресурсам или иным материалам, поставленным для оказания помощи лицам, перемещенным внутри страны, или в их интересах, и разрушать, конфисковать такие материалы или направлять их иным лицам; и

i. Нарушать гражданский и гуманитарный характер мест, в которых лица, перемещенные внутри страны, получили приют, и не должны допускать такие нарушения.

Статья 8

Обязательства, касающиеся Африканского Союза

1. Африканский Союз вправе осуществлять интервенцию в отношении Государства-Участника на основании решения Ассамблеи, принятого в соответствии с пунктом (h) статьи 4 Учредительного Акта, вследствие тяжелых обстоятельств, а именно: военных преступлений, геноцида и преступлений против человечности;

2. Африканский Союз обязан уважать право Государств-Участников ходатайствовать об интервенции со стороны Союза для восстановления мира и безопасности в соответствии с пунктом (j) статьи 4 Учредительного Акта и таким образом вносить вклад в создание благоприятных условий для определения долгосрочных решений проблемы перемещения внутри страны;

3. Африканский Союз должен поддерживать усилия Государств-Участников по защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказанию им помощи в соответствии с настоящей Конвенцией. В частности, Союз должен:

a. Усилить институциональную систему и потенциал Африканского Союза в отношении защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказанию им помощи;

b. Координировать мобилизацию ресурсов для защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи;

c. Сотрудничать с международными организациями и гуманитарными учреждениями, общественными организациями и иными соответствующими субъектами согласно их мандатам, поддерживать мероприятия Государств-Участников по защите лиц, перемещенных внутри страны, и оказанию им помощи;

d. Осуществлять сотрудничество напрямую с Африканскими Государствами, а также международными организациями и гуманитарными учреждениями, общественными организациями и иными соответствующими субъектами в отношении мероприятий, необходимых для защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи;

e. Совместно с Африканской Комиссией по Правам Человека и Народов использовать информацию в отношении случаев перемещений, защиты и помощи, предоставленных лицам, перемещенным внутри страны, в Африке; и

f. Осуществлять сотрудничество со Специальным Докладчиком Африканской Комиссии по Правам Человека и Народов в отношении Беженцев, Репатриантов, ЛПВС и Лиц, Ищущих Убежище, в решении проблем лиц, перемещенных внутри страны.

Статья 9

Обязательства Государств-Участников в отношении защиты и оказания помощи в ходе перемещения внутри страны

1. Государства-Участники обязаны защищать права лиц, перемещенных внутри страны, вне зависимости от причины перемещения, воздерживаясь, в частности, от следующих действий и предотвращая таковые:

а. Дискриминации таких лиц при пользовании любыми правами или свободами на основании того, что они являются лицами, перемещенными внутри страны;

б. Геноцида, преступлений против человечности, военных преступлений и других нарушений международного гуманитарного права в отношении лиц, перемещенных внутри страны;

с. Произвольного убийства, самосуда, произвольного задержания, похищения, насильственного исчезновения или пыток и других форм жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения;

д. Сексуального и гендерного насилия в любых формах, прежде всего, изнасилования, принудительного занятия проституцией, сексуальной эксплуатации и вредоносных действий, рабства, привлечения к военной службе детей и их использования в военных действиях, принудительного труда, торговли людьми и их контрабанды; и

е. Голода.

2. Государства-Участники должны:

а. Принять необходимые меры для обеспечения того, чтобы лица, перемещенные внутри страны, были приняты без дискриминации любого рода и проживали в условиях, удовлетворительных с точки зрения безопасности, достоинства и защиты;

б. Обеспечивать лиц, перемещенных внутри страны, в максимальном объеме и с наименьшими задержками надлежащей гуманитарной помощью, которая должна включать пищу, воду, жилье, медицинскую помощь и другие услуги в области здравоохранения, санитарную профилактику, образование и иные необходимые социальные услуги, и в случае необходимости, распространять такую помощь на местные и принимающие сообщества;

с. Предоставлять особую защиту и помощь лицам, перемещенным внутри страны, которые имеют особые нужды, включая несопровождаемых детей или детей, разлученных с родителями, женщин, являющихся главами семей, беременных, матерей малолетних детей, пожилых людей и лиц с ограниченными возможностями или лиц с инфекционными заболеваниями;

д. Принимать особые меры по защите и обеспечивать репродуктивное и сексуальное здоровье женщин, перемещенных внутри страны, а также необходимую психологическую и социальную поддержку жертв сексуального и иного сходного насилия;

е. Уважать и обеспечивать право на поиск безопасного места в других частях Государства и право на защиту от принудительно-го возвращения или переселения в любое место, в котором их жизнь, безопасность, свобода и/или здоровье может подвергаться угрозе;

ф. Обеспечивать свободу передвижения и выбора места жительства лиц, перемещенных внутри страны, за исключением ограничений на такое передвижение или выбор места жительства, которые необходимы с точки зрения требований обеспечения безопасности лиц, перемещенных внутри страны, оправдываются таковыми и пропорциональны им, или необходимы для поддержания общественной безопасности, порядка и здравоохранения;

г. Уважать и поддерживать гражданский и гуманитарный режим мест, в которых лица, перемещенные внутри страны, получили приют, и охранять такие места от проникновения вооруженных групп или формирований, разоружать такие группы и формирования и отделять их от лиц, перемещенных внутри страны;

h. Принимать необходимые меры, включая введение специальных механизмов, для отслеживания и воссоединения семей, разделенных в ходе перемещения или иным образом способствовать восстановлению семейных связей;

і. Принимать меры, необходимые для защиты личного, коллективного имущества или культурных ценностей, оставленных лицами, перемещенными внутри страны, а также находящихся в местах проживания лиц, перемещенных внутри страны, как в пределах территориальной юрисдикции Государств-Участников, так и на территориях, фактически находящихся под их эффективным контролем;

ј. Принимать необходимые меры по предотвращению деградации окружающей среды на территориях, где находятся лица, перемещенные внутри страны, как в пределах территориальной юрисдикции Государств-Участников, так и на территориях, фактически находящихся под их эффективным контролем;

к. Государства-Участники должны консультировать лиц, перемещенных внутри страны, и разрешать им участвовать в принятии решений в отношении их защиты и оказания им помощи;

l. Принимать необходимые меры по обеспечению лицам, перемещенным внутри страны, которые являются гражданами в государстве их гражданской принадлежности, возможности пользоваться их гражданскими и политическими правами, в особенности, свободой

участия в общественной деятельности, правом избирать и быть избранным на государственные должности; и

м. Организовать мероприятия по мониторингу и оценке эффективности и воздействия гуманитарной помощи, предоставленной лицам, перемещенным внутри страны, согласно соответствующей практике, включая Стандарты Проекта «Сфера».

3. Государства-Участники должны исполнять свои обязательства, в случае необходимости, при поддержке международных организаций и гуманитарных учреждений, общественных организаций и других соответствующих субъектов.

Статья 10

Перемещение, вызванное осуществлением проектов

1. Государства-Участники должны, в максимально возможной степени, предотвращать перемещения, вызванные проектами публичных или частных субъектов;

2. Государства-Участники должны гарантировать, чтобы заинтересованные участники проекта искали возможные альтернативы, при условии полного информирования лиц, которые могут подвергнуться перемещению в результате осуществления проектов, и проведения с ними консультаций;

3. Государства-Участники должны осуществлять оценку социально-экономического и экологического воздействия планируемого проекта до осуществления такого проекта.

Статья 11

Обязательства Государств-Участников в отношении устойчивого возвращения, местной интеграции или переселения

1. Государства-Участники должны искать долгосрочные решения проблемы перемещения путем стимулирования и создания удовлетворительных условий для добровольного возвращения, местной интеграции или перемещения на устойчивой основе и в условиях обеспечения безопасности и уважения достоинства.

2. Государства-Участники должны позволить лицам, перемещенным внутри страны, свободно и на основе полной осведомленности

выбирать между возвращением, местной интеграцией или переселением путем консультирования их по этим и другим возможностям и обеспечения их участия в поиске долгосрочных решений.

3. Государства-Участники должны сотрудничать, при необходимости, с Африканским Союзом и международными организациями или гуманитарными учреждениями и общественными организациями в предоставлении защиты и помощи в ходе поиска и осуществления решений по устойчивому возвращению, местной интеграции или переселению и долгосрочному восстановлению.

4. Государства-Участники должны установить необходимые механизмы, предусматривающие в соответствующих случаях упрощенные процедуры для разрешения споров в отношении имущества лиц, перемещенных внутри страны.

5. Государства-Участники должны при любой возможности принимать все необходимые меры по восстановлению земель и сообществ, которые особенно зависимы от таких земель и привязаны к ним, при возвращении таких сообществ, их реинтеграции и перемещении в их обычное место жительства.

Статья 12

Компенсация

1. Государства-Участники должны предоставлять лицам, подвергшимся перемещению, эффективные средства правовой защиты.

2. Государства-Участники должны установить эффективный правовой механизм, обеспечивающий лицам, перемещенным внутри страны, справедливую компенсацию и, при необходимости, другие формы возмещения вреда, за ущерб, причиненный в результате перемещения, в соответствии с международными стандартами.

3. Государства-Участники должны нести обязанность по возмещению лицам, перемещенным внутри страны, ущерба, причиненного в результате того, что Государство-Участник воздерживается от защиты лиц, перемещенных внутри страны, и оказания им помощи при стихийных бедствиях.

Статья 13

Регистрация и личные документы

1. Государства-Участники должны создать и вести обновляемый реестр всех лиц, перемещенных внутри страны, находящихся под

их юрисдикцией или эффективным контролем. При этом Государства-Участники вправе сотрудничать с международными организациями или гуманитарными учреждениями, или общественными организациями.

2. Государства-Участники должны обеспечить выдачу лицам, перемещенным внутри страны, соответствующих документов, необходимых для использования и осуществления их прав, таких как паспорта, удостоверения личности, гражданские удостоверения, свидетельства о рождении и браке.

3. Государства-Участники должны обеспечить выдачу новых документов или замену документов, утерянных или уничтоженных в ходе перемещения, без установления необоснованных условий для получения таковых или иных необходимых документов, таких как требование возвращения на территорию своего обычного проживания. Невыдача лицам, перемещенным внутри страны, таких документов ни в коей мере не должна создавать им препятствия для пользования своими правами.

4. Женщины и мужчины, равно как и несопровождаемые дети и дети, разлученные со своими родителями, должны иметь равные права на получение таких необходимых удостоверений личности и должны иметь право на выдачу таких документов на их собственные имена.

Статья 14

Контроль над соблюдением Конвенции

1. Государства-Участники обязуются учредить Конференцию Государств – Участников настоящей Конвенции для контроля и оценки осуществления задач настоящей Конвенции.

2. Государства-Участники должны укреплять свои возможности по сотрудничеству и взаимной поддержке под патронажем Конференции Государств-Участников.

3. Государства-Участники обязуются регулярно созывать Конференцию Государств-Участников при поддержке Африканского Союза.

4. Государства-Участники должны, при представлении своих докладов на основании статьи 62 Африканской Хартии прав человека и народов, а также, в соответствующих случаях, в рамках Африканского Механизма Коллегиального Обзора, указывать законодательные и иные меры, которые были приняты для осуществления положений настоящей Конвенции.

Заключительные положения

Статья 15

Применение

1. Государства-Участники обязуются применять настоящую Конвенцию ко всем случаям перемещения внутри страны вне зависимости от их причин, если иное прямо не предусмотрено в настоящей Конвенции.

2. Государства-Участники договариваются, что никакие положения настоящей Конвенции не могут быть истолкованы как предоставление правового статуса, легитимация или признание вооруженных групп, и не умаляют личную уголовную ответственность членов таких групп в соответствии с национальным или международным уголовным правом.

Статья 16

Подписание, ратификация и участие

1. Настоящая Конвенция открыта для подписания, ратификации или присоединения Государствами – Членами АС согласно их соответствующим конституционным процедурам.

2. Документы о ратификации или присоединении должны быть депонированы у Председателя Комиссии Африканского Союза.

Статья 17

Вступление в силу

1. Настоящая Конвенция вступает в силу через тридцать (30) дней после депонирования документов о ратификации или присоединения пятнадцатого (15) Государства-Члена.

2. Председатель Комиссии АС должен направить Государствам-Членам уведомление о вступлении в силу настоящей Конвенции

Статья 18

Внесение изменений и пересмотр

1. Государства-Участники вправе представлять предложения об изменении или пересмотре настоящей Конвенции.

2. Предложения об изменении или пересмотре должны подаваться в письменной форме Председателю Комиссии АС, который обязан

направить их Государствам-Участникам в течение тридцати (30) дней после их получения.

3. Конференция Государств-Участников на основании заключения Исполнительного Совета рассматривает данные предложения в течение одного (1) года по получении Государствами-Участниками уведомления в соответствии с положениями части 2 настоящей Статьи.

4. Предложения об изменении или пересмотре должны быть одобрены Конференцией Государств-Участников простым большинством голосов присутствующих и голосующих Государств-Участников.

5. Изменения вступают в силу по истечении тридцати (30) дней с момента депонирования у Председателя Комиссии АС пятнадцатого (15) документа о ратификации Государства-Участника.

Статья 19

Денонсация

1. Государство-Участник вправе денонсировать настоящую Конвенцию путем направления письменного уведомления Председателю Комиссии АС, с указанием причин такой денонсации.

2. Денонсация вступает в силу через один (1) год со дня получения Председателем Комиссии АС уведомления, если не указана более поздняя дата вступления в силу.

Статья 20

Исключения

1. Ни одно из положений настоящей Конвенции не должно быть истолковано так, как если бы оно затрагивало право лиц, перемещенных внутри страны, искать и получать убежище в рамках Африканской Хартии прав человека и народов, и искать защиту в качестве беженца на основании Конвенции ОАЕ по конкретным аспектам проблем беженцев в Африке 1969 года или Конвенции ООН о статусе беженцев 1951 года, а также Протокола 1967 года о статусе беженцев, или как если бы оно наносило бы ущерб такому праву.

2. Настоящая Конвенция не наносит ущерба правам человека лиц, перемещенных внутри страны, в соответствии с Африканской Хартией прав человека и народов и другими применимыми источниками международного права прав человека или международного гуманитарного права. Равным образом, ее ни в коей мере нельзя понимать, толковать или интерпретировать так, как если бы она ограничивала, изменяла

действующую защиту в соответствии с указанными в настоящей Конвенции международными договорами или создавала бы препятствия для такой защиты.

3. Право лиц, перемещенных внутри страны, подавать жалобу в Африканскую Комиссию по правам человека и народов или в Африканский суд по правам человека или в любой другой уполномоченный международный орган настоящей Конвенцией ни в коей мере не затрагивается.

4. Положения настоящей Конвенции не затрагивают личную уголовную ответственность лиц, перемещенных внутри страны, в рамках национального или международного права, и их обязанностей на основании Африканской Хартии прав человека и народов.

Статья 21

Оговорки

Государства-Участники не вправе заявлять оговорки к настоящей Конвенции, которые несовместимы с объектом и целью настоящей Конвенции.

Статья 22

Разрешение споров

1. Любые споры или разногласия, возникающие между Государствами-Участниками в отношении толкования или применения настоящей Конвенции, должны разрешаться по взаимному согласию с помощью прямых консультаций между соответствующими Государствами-Участниками. В случае невозможности разрешения спора или разногласий, каждое из Государств вправе передать спор на рассмотрение Африканского Суда по правам человека.

2. До учреждения последнего споры или разногласия должны передаваться на рассмотрение Конференции Государств-Участников, которая должна выносить решение на основе консенсуса, или, при отсутствии такового, двумя третями голосов (2/3) представленных на данной Конференции и голосующих Государств-Участников.

Статья 23

Депозитарий

1. Настоящая Конвенция депонируется у Председателя Комиссии АС, который обязан передать удостоверенную копию Конвенции Правительству каждого из подписавших ее Государств.

2. Председатель Комиссии АС должен зарегистрировать настоящую Конвенцию у Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций, как только она вступит в силу.

3. Настоящая Конвенция составлена в четырех (4) оригинальных экземплярах: на арабском, английском, французском и португальском языках, каждый из которых является в равной мере аутентичным.

НА ДАННОМ ОСНОВАНИИ мы, Главы Государств и Правительств Африканского Союза (АС), подписали настоящую Конвенцию.

Принято Специальным Саммитом Союза в Кампале 22 октября 2009 года.