

Московский журнал международного права



- ФРАГМЕНТАЦИЯ
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
- ПРИНЦИПЫ МЕЖДУНАРОДНОГО
ТОРГОВОГО ПРАВА
- ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКУМЕНТЫ
В КОММЕРЧЕСКОМ ОБОРОТЕ
- ПРАВО НА САМООБОРОНУ
- ИНСТИТУТ ЭКСТРАДИЦИИ

**Moscow
Journal
of International
Law**

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

Председатель - Член-корреспондент РАН - А.В. Торкунов (Москва)

Члены Редаксовета:

Н.И. Акуев (*Астана*), **К.З. Алимов** (*Ташкент*),
Э.Д. Бейшембиев (*Бишкек*), **О.И. Болан** (*Кишинев*),
Г.В. Игнатенко (*Екатеринбург*), **А.Л. Колодкин** (*Москва*),
Ю.М. Колосов (*Москва*), **В.В. Кочарян** (*Ереван*), **Г.И. Курдюков** (*Казань*),
С.А. Малинин (*Санкт-Петербург*), **Л.В. Павлова** (*Минск*),
С.А. Раджабов (*Душанбе*), **А.Х. Саидов** (*Ташкент*), **М.А. Сарсембаев** (*Астана*),
Н.А. Сафаров (*Баку*), **Л.Д. Тимченко** (*Киев*), **А.А. Требков** (*Москва*),
В.В. Устинов (*Москва*), **М.О. Хаитов** (*Ашхабад*), **Ю.Ю. Шатас** (*Вильнюс*).

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

Главный редактор - Ю.М. Колосов

Члены редколлегии:

А.Х. Абашидзе, **Л.Б. Архипова**, **К.А. Бекашев**, **М.М. Бирюков**,
А.Н. Борисов, **А.Н. Вылегжанин**, **И.И. Котляров**, **Э.С. Кривчикова**,
В.Н. Кулебякин, **Е.Г. Ляхов**, **Ю.Н. Малеев**, **Ю.Э. Монастырский**,
А.И. Муранов, **П.В. Саваськов**, **Г.П. Толстопятенко**,
Б.Р. Тузмухамедов (*заместитель главного редактора*),
О.Н. Хлестов, **В.М. Шумилов**, **М.Л. Энтин**

Отв. секретарь

Д.Л. Смирнов

СОУЧРЕДИТЕЛИ:

**Московский государственный институт международных отношений
(Университет) Министерства иностранных дел России**

**Международный союз общественных объединений юристов
"Международный союз юристов"**

НП "Содействие редакционной деятельности МЖМП"
Адрес редакции: 119454, г. Москва, пр-т Вернадского, д. 76
Телефон/факс: (095) 434 93 13
E-mail: mjil@mgimo.ru
www.mjil.ru

Свидетельство о регистрации ПИ №77-5895 от 8 декабря 2000 г.

**Московский
журнал
международного
права**

**Moscow
Journal
of International
Law**

Научно-теоретический
и информационно-практический
журнал

Издается с 1991 года
на русском языке

Выходит один раз в три месяца
№2 (58) 2005 апрель-июнь

Содержание

Вопросы теории

- Вельяминов Г.М.* Соотношение международного права
и международного частного права (Часть 2. Окончание) 3
- Шумилов В.М.* Итальянская доктрина международного права
(Часть 2. Окончание) 22
- Колодкин Р.А.* Фрагментация международного права 38

Обеспечение международной безопасности

- Хлестов О.Н., Медведева Д.О.* Вооруженные конфликты
и право на самооборону 62
- Черноудова М.С.* Понятие конфликта в международном праве 77

Права человека

- Безбородов Ю.С.* Религиозные начала в международном праве
(публикуется в порядке дискуссии) 93

Международное уголовное право

- Мезяев А.Б.* Назначение адвоката на процессе против Слободана Милошевича
в Гаагском трибунале: некоторые международно-правовые вопросы 99
- Сафаров Н.А.* Институт экстрадиции (выдачи):
опыт национально-правовой регламентации 119
- Ложников И.С.* Международное содействие национальному
правосудию в отношении преступлений, совершенных
в период Демократической Кампучии 148

Международное и внутригосударственное право

- Дегтев Г.В.* Институт президента РФ в конституционно-правовом
механизме осуществления внешней политики России 161

Европейское право

Калашиников Г.О. Поглощение публичных компаний по праву ЕС 174

Международное экономическое право

Дедусенко А.С. Принципы современного международного торгового права 190

Шадиходжаев Ш.Ш. Процессуальные особенности урегулирования споров в рамках Всемирной торговой организации 217

Ответственность в международном праве

Савельева Л.В. Итоги работы Комиссии международного права над первой частью проекта статей «Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом» 234

Международное частное право

Карев Я.А. Международно-правовое регулирование использования электронных документов в коммерческом обороте: перспективы унификации 246

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

Александров А.Ю. Проблемы внесудебного урегулирования судебных споров 260

Книжная полка

Нугаева Н.Г. Ценный труд должен быть доступен и известен всем (Рецензия на монографию Буткевич О.В. «Міжнародне право Стародавнього Світу. – К.: Україна, 2004. – 864 с. – Біліогр. с. 820-847. – Показч.: с. 848-857) 273

Документы

Резолюция ГА ООН A/Res/58/174 Права человека и терроризм 276

Резолюция Комиссии ООН по правам человека 2004/16 от 16 апреля 2004 года Недопустимость определенных видов практики, которые способствуют эскалации современных форм расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости 282

Резолюция Комиссии ООН по правам человека 2004/32 от 19 апреля 2004 года Целостность судебной системы 285

В МЖМП №1/2005/57 были допущены следующие опечатки:

1. В первой части статьи Вельяминова Г.М. на стр. 9 13-я строка снизу была допущена опечатка. Следует читать: «... право в объективном смысле есть совокупность всех в рамках того или иного правового порядка (системы) юридических норм.»
2. На стр. 64 в сноске следует читать: «Кепбанов Ёлбарс Аждарович ...». Приносим автору наши извинения.

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Соотношение международного права и международного частного права (Часть 2. Окончание)**

Вельяминов Г.М.*

4. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО, ЕГО НОРМАТИВНЫЙ СОСТАВ

Хотя не очень ясно, как уже отмечено выше, что такое международное частное право, науку о нем вполне можно кратко определить как изучение правового регулирования международных частноправовых отношений. Такое изучение включает и анализ существующих разногласий о понятии международного частного права. А коль скоро наибольшие расхождения наблюдаются именно в нашей отечественной науке, целесообразно их и рассматривать. Это в основном «цивилистическая школа», «школа международников» и теория полисистемного понимания международного частного права.

* * *

Отечественная «цивилистическая школа» исходит из того, что международное частное право включает в себя следующие компоненты.

1. **Коллизионные нормы**¹ в широком их понимании. Эта составляющая международного частного права наиболее общепризнаваема. Но нормы эти, разумеется, не международные по происхождению, но на-

* Вельяминов Георгий Михайлович – д.ю.н., профессор, гл. научный сотрудник ИГП РАН.

** В первой части статьи, опубликованной в номере 1/2005/57 на стр. 9 13-я строка снизу была допущена опечатка. Следует читать: «... право в объективном смысле есть совокупность всех в рамках того или иного правового порядка (системы) юридических норм.»

¹ Как остроумно заметил английский ученый М. Вольф, по сути нормы эти не «коллизионные», а на самом деле «антиколлизионные», т.е. направлены на избежание коллизий. Он же отмечает неудачность употребления и слова «международное» (частное право), используемого, как он пишет, лишь поскольку «никто не нашел лучшего названия». См.: М. Вольф. Международное частное право. М., 1948. С. 25.

циональные (кроме разве известных Гаагских конвенций о применимом праве, действующих лишь для немногих стран).

Гражданский кодекс РФ в российское международное частное право включает нормы права, подлежащего применению при определении правового положения лиц (гл. 67), а также нормы права, подлежащие применению к имущественным и личным неимущественным отношениям (гл. 68).

Под рубрикой «Международное частное право» в ГК РФ, по сути, преобладают коллизионные нормы (иначе – нормы, определяющие применимое право), и, на наш взгляд, это дает основания считать, что российское международное частное право в принципе этим и ограничивается².

Статья 1186.1 ГК РФ предусматривает возможность использовать в качестве правового инструментария для определения права, применимого к гражданско-правовым отношениям, кроме самого Гражданского кодекса: международные договоры РФ, другие законы РФ (предусмотренные ст. 3.2 ГК РФ), а также обычаи, признаваемые РФ. И в смысле ст. 1186.1, таким образом, международные договоры в рамках международного частного права РФ трактуются лишь в качестве коллизионного средства. Разумеется, при этом нормы международных договоров, на наш взгляд, как и любые международные нормы, не имеют «прямого» действия (см. выше), но применяются в качестве рецепированных норм, **составляющих часть правовой системы РФ** (ст. 15.4 Конституции РФ), часть, хотя и имеющую приоритетную силу, но концептуально не отличающуюся от других частей этой системы.

2. Многие правоведы «цивилистической школы» считают, что в международное частное право входят и **внутренние материального характера нормы**, которые непосредственно регулируют отношения «с иностранным элементом», в том числе гражданско-правовые вопросы внешней торговли, в первую очередь экспортно-импортную куплю-продажу, вопросы денежных обязательств, связанные с изменениями покупательной способности денег во внешней торговле, и т.п.³.

² См. иную точку зрения: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: «Юрист», 2002. С. 307.

³ См.: в частности: И.С. Перетерский и С.Б. Крылов. Международное частное право. М., 1940. С. 7-8; И.С. Перетерский. Система международного частного права // Советское государство и право. 1946. № 8-9. С. 17-30; М.М. Богуславский. Международное частное право. М., 2004. С. 27; P. Kalensky // Iasopis. Praha. 1960. № 2.

Все это, по существу, – фрагментарно употребительные нормы, а иногда и берущиеся целиком институты разных отраслей национального законодательства, что представляется прежде всего антисистемным. Удобно ли считать некую норму одновременно и нормой, к примеру, российского гражданского обязательственного права, а в конкретной ситуации и нормой российского международного частного права? К тому же обычно, когда решается вопрос о том или ином применимом к спору материальном праве, речь никогда не идет о «российском международном частном праве», но о «российском праве».

Составной частью международного частного права многие видные адепты отечественной «цивилистической школы» считают, таким образом, те или иные фрагменты национального законодательства, которые при рассмотрении споров с т.н. «иностранным элементом» бывают задействованы в качестве применимого права и которые на этом основании втягиваются как бы в некую аморфную составляющую национального «международного частного права». Логичнее было бы, на наш взгляд, рассматривать такие нормы в качестве того, чем они формально и реально являются, – нормами различных соответствующих отраслей национального права, и не более того. Представляется правильной точка зрения Л.А. Лунца, который полагал, что включение отдельных общих норм национального, гражданского права, применимых к отношениям с т.н. иностранным элементом, в состав международного частного права необоснованно; встав на такой путь, «мы пришли бы к тому, что граница между международным частным правом и гражданским правом была бы вовсе стерта»⁴.

Не очень надежен и сам термин «иностранный элемент», употребленный и в ст. 1186 ГК РФ, для определения того или иного правоотношения как международного⁵. В свете приведенного утверждения Л.А. Лунца с положением, что «все нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения с иностранным элементом», необходимо включать в сферу международного частного права⁶, можно было бы, на наш взгляд, согласиться, только если под сферой «международного частного права» понимать специальную отрасль правоведения – международное частное право (см. об этом ниже под рубрикой 5).

⁴ Л.А. Лунц. Указ. соч. С. 29-30.

⁵ См. толкование: Комментарий, 2002. С. 308. См. также: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей. М., 2004. С. 289.

⁶ См.: М.М. Богуславский. Указ. соч. С. 25, 74-80.

Во-первых, такие нормы, кроме коллизионных, обычно не выделяются специально в виде особого правового института, в качестве применимых именно к отношениям «с иностранным элементом», хотя отдельные нормы, например относящиеся к режиму иностранцев и т.д., разумеется, существуют. Во-вторых, по сути чуть ли не *любая* гражданско-правовая (и не только таковая) национальная норма может оказаться применимой к отношениям с иностранным элементом. Главное в любом случае то, что к любым правоотношениям, независимо от наличия «иностранного элемента», всегда применимо не некое «международное частное право» (какого государства?), но всегда то или иное конкретное национальное право. Это, в частности, относится и к правовым нормам, находящимся в различных иных, кроме гражданского, отраслях национального права и специально посвященных правовому положению иностранных лиц, семейным, трудовым и иным отношениям с т.н. «иностранным элементом».

Что касается вопросов правового положения лиц, в том числе иностранных, а также норм международного гражданского процесса⁷, все это относится к регулированию соответствующими материальными нормами, однако не частного, но *публичного* права в рамках той или иной национальной правовой системы (в таких отраслях ее, как гражданское право, гражданский процесс, административное право и т.д.). И только когда возникает коллизия между национальными правопорядками, в соответствующих случаях для определения применимого права служат коллизионные национальные нормы (например, глава 67 ГК РФ: «Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц»).

Наконец, *ratio legis* весьма важно отметить, что согласно ст. 1186.1 ГК РФ право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным т.н. «иностранным элементом», трактуется, по сути, как *объект*, определяемый *коллизионным способом* (на основании международных договоров РФ; ГК РФ; других законов, предусмотренных ст. 3.2 ГК РФ, а также обычаев, признаваемых в Российской Федерации. Именно это – *исчерпывающий* перечень коллизионных правовых средств). Но этот «объект» для коллизионного выявления (т.е. материальное право)⁸ отнюдь не трактуется в ст. 1186.1 как составная часть международного частного права.

⁷ См.: Л.А. Лунц. Международное частное право. Общая часть. М., 1973. С. 22-23, 30-32.

Отметим также, что если в круг норм, входящих в российское международное частное право, включать и комплекс *российских* материальных национальных норм, регулирующих правоотношения с «иностранным элементом», то с таким же успехом могут применяться и соответствующие национальные нормы, регулирующие отношения с «иностранным элементом» всех многочисленных *иных возможных государств*, право которых потенциально может быть задействовано на основе российских коллизионных норм при разрешении споров в России. Но такие иностранные материальные нормы в соответствующих национальных правовых системах (а также доктринально) в большинстве случаев вряд ли будут трактоваться как нормы международного частного права соответствующих стран. Иначе говоря, ситуация окажется системно неэквивалентной.

Теория, выдвинутая С.Б. Крыловым и И.С. Перетерским, о принадлежности к международному частному праву как коллизионных, *так и материальных правовых норм*, очевидно, не случайно появилась в «нужном месте и в нужное время», а именно в Советском Союзе в 30-е годы, когда с победой социализма якобы отпадали все нормы, регулирующие отношения внутри частнокапиталистического сектора⁹, в русле известного ленинского подхода к «частному» и «публичному» в праве в условиях социализма. Подведение национальных советских материальных норм, по сути все же регулирующих частнопровые отношения, под крышу международного *частного* права (института, социалистической теорией не исключавшегося из системы права) означало в те годы своего рода «легализацию» в рамках этого института реально *частных* правоотношений. Кроме того, согласовывалось и с действующей фактически автаркической ориентацией советского права по отношению к праву буржуазных государств. Ни в каких унификационных (с «буржуазным» правом!) конвенциях Советский Союз тогда, естественно, не участвовал. Актуально ли все это ныне?

3. Международные договоры. Наиболее проблемными являются, несомненно, включение их в состав источников «международного частного права» и правовое соотношение с этим правом международных договоров, особенно так называемых «конвенций международного частного права».

⁸ См.: Комментарий. С. 307.

⁹ См.: Юридический словарь. М., 1953. С. 605.

Действительно, не только международные договоры, но и принципы (*jus cogens*) международного публичного права (суверенное равенство, невмешательство и т.д.) применимы и в международном частном праве¹⁰. Но, во-первых, они применимы и в других отраслях и институтах внутринациональных систем права (уголовное право, патентное и т.д.). Статья 15.4 Конституции РФ прямо включает, в частности, «общепризнанные принципы международного права» в состав правовой системы РФ (всей системы, а не только в ее часть – в международное частное право РФ). Во-вторых, международно-правовые принципы, так же как и международные конвенционные нормы, действуют в национальных правовых порядках не «прямо» (через «голову государств»), но опосредованно, рецепционно (в России – на основе Конституции).

В свете упомянутой выше концепции рецепции (трансформации) можно, во всяком случае, считать, что, будучи рецептированными, международно-правовые нормы становятся частью национального законодательства. Но, *во-первых*, рецептированная норма, становящаяся гражданско-правовой (шире – нормой национального права), не прекращает оставаться и конвенционной международно-правовой нормой.

Во-вторых, рецептированные нормы сохраняют автономность (неизменяемость) по отношению к внутренней системе права в целом.

В третьих, понимание механизма действия конвенционных международно-правовых норм в качестве рецептированных в национальном праве относится не только к нормам, рассматриваемым как нормы «международного частного права», но вообще к любым международно-правовым нормам, рецептируемым в национальном праве.

Существует некоторое сравнительно небольшое число международных договоров, конвенций, направленных на регулирование именно частноправовых отношений. Однако такого рода регулирование, во-первых, имеет место не только по отношению к частноправовым, но и к публично-правовым отношениям (например, конвенции об интеллектуальной собственности), а во-вторых, соответствующее регулирование осуществляется не «прямо», но рецепционно, что вообще свойственно любым конвенционным нормам, и в этом отношении действительно нет разницы между применением государствами любых международных договоров. Конвенции о частном праве в этом смысле принципиально ничем не отличаются от иных международных договоров.

¹⁰ См.: М.М. Богуславский. Международное частное право. С. 25.

В пользу выделения в рамках национального правопорядка в виде особого («международного») института или отрасли тех норм, которые рецепированы из международных договоров унификационного характера, говорит, казалось бы, то что эти нормы (будь то частнопровые или публично-правовые) четко ориентированы на исключительное применение только в *международных* (но не внутренних) отношениях (например, «букет» конвенций о *международной* купле-продаже товаров, *международном* финансовом лизинге и *международном* факторинге).

Исходя, однако, из этой логики, если выделять тот или иной внутринациональный правовой институт, состоящий из *материальных* норм, рецепированных из международных конвенций по частному праву, на том же основании надо выделять и внутринациональные правовые институты, составленные из материальных норм, рецепированных из международных конвенций по отдельным публично-правовым отраслям, регулирующим транспорт, иностранные инвестиции, интеллектуальную собственность и т.д., в том числе и норм, ориентированных на международное применение. Причем у каждого государства, в зависимости от участия его в тех или иных конвенциях, будут свои соответствующие внутринациональные (с «международной» начинкой) институты. Все это привело бы только к полной путанице и совсем не диктуется практической необходимостью.

Сущность как международно-правовых норм, прямо рассчитанных на урегулирование (в том числе методом унификации) международных частнопровых отношений, так и международно-правовых норм, рассматриваемых в качестве применяемых для регулирования публично-правовых отношений, дуалистична. С одной стороны, они сохраняют все изначальные свойства норм международного права и к ним применимы все общие нормы (принципы) этого права. С другой стороны, они, будучи рецепированы в национальные правопорядки, действуют в качестве национальных норм, но норм «автономных», «связанных», иммунных (однако нельзя сказать, что необратимо иммунных) от произвольных изменений национальными властями¹¹. Именно дуалистический характер международно-правовых норм, понимаемых «цивилистической школой» как нормы международного частного права, определяет и их особую роль в национальном праве.

¹¹ Л.А. Лунц. Соотношение международного договора и внутрисоветского закона в гражданском и трудовом праве. Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1968. № 14. С. 226.

Нельзя согласиться, что из пункта 3 ст. 1186 ГК РФ якобы следует, что «к международному частному праву принадлежат и материально-правовые нормы международного договора РФ, подлежащие применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом»¹². Пункт этот лишь *исключает* «определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами». Иначе говоря, не следует «ломиться в открытую дверь» и искать применимое право, когда оно уже полностью обусловлено международным договором. Соответствующие содержащиеся в международном договоре нормы материального права входят в состав российского права, но отнюдь не конкретно в российское *международное частное право*.

Пользующийся в российской доктрине широким признанием, как говорится в Комментарий к части третьей ГК РФ, взгляд на международное частное право как на область, «объединяющую материально-правовые и коллизионные нормы, материально-правовой и коллизионный способы регулирования»¹³, остается, как мы полагаем, только доктринальным и не бесспорным доктринальным взглядом.

Важно и то, что понимать под «регулированием». Коллизионный способ, на наш взгляд, вообще лишь вспомогательный: этим способом лишь определяется применимое право, а *действительное* регулирование осуществляется материально-правовым способом. Конечно, если бы некое арбитражное или судебное дело вполне завершалось лишь определением применимого права, это было бы полноценным регулированием. В действительности, однако, такое определение есть лишь начальная стадия регулирования по существу, стадия хотя иногда и необходимая, но не самодостаточная.

* * *

«Школа международников» усматривает основное содержание международного частного права в международном договорном праве. «Лишь изучение международных договоров дает содержание подлинного международного частного права», – писал С.Б. Крылов еще в 1930 г.¹⁴. Нельзя не признать: то, что есть юридически действительное «международного» в нормативном составе так называемого «международного частного права» в его расширенном понимании (см.

¹² Комментарий. 2002. С. 307.

¹³ Там же. См. также: М.М. Богуславский. Международное частное право. С. 25, 74-80.

¹⁴ С.Б. Крылов. Международное частное право. М., 1930. С. 21.

выше), т.е. выходящего за рамки коллизионного права, – это явственно нормы, рецепированные из международных договоров, конвенций, причем в основном имеются в виду унификационные конвенции по частному праву.

Так называемая международная унификация национального законодательства отдельных государств посредством принятия международных актов отличается от изменений вообще любого национального законодательства в силу международных актов (см. выше), во-первых, тем, что унификация (в меньшей степени – гармонизация)¹⁵ имеет следствием не просто изменения (сохранение) национальных правовых порядков, но изменения в виде принятия в отдельных государствах *одинаковых, текстуально единообразных* правовых норм. Во-вторых, соответствующие унификационные нормы предусматривают их применение обычно исключительно в *международных* отношениях, прежде всего *частных* торговых отношениях.

В унификационных международных актах, и особенно в сфере международной торговли, *«трансформационное»* их качество выражено особо наглядно, определяется самим предметом этих договоров – единообразное изменение на взаимной основе национальных правовых порядков. В прикладном значении цель такой унификации и гармонизации – интересы лучшего правового обеспечения международного торгового оборота на частноправовой основе посредством устранения излишних трудностей при определении применимости в конкретных сделках разнообразных норм национального права и тем самым достижения большей определенности и надежности таких сделок.

Частноправовые отношения, безусловно, могут иметь международный характер, но эти отношения регулируются всегда теми или иными национальными правовыми нормами (иногда, но довольно выборочно, и рецепированными международно-правовыми конвенционными нормами).

Как уже отмечено, унификация и гармонизация национальных норм может распространяться не только на сферу частноправовых правоотношений, но и на *публично-правовое* регулирование торговых и имущественных международных отношений. Так, страны – члены ВТО, принимая внутринациональные правовые акты, например об антидемпинговых мерах, руководствуются «Антидемпинговым кодексом»,

¹⁵ О различиях между унификацией и гармонизацией см.: Г.М. Вельяминов. Международное экономическое право и процесс. С. 277.

имеющим гармонизационное значение. В данном случае имеет место гармонизация публично-правового торгового национального регулирования¹⁶. Другой пример: унификационные нормы в сфере международного права интеллектуальной собственности.

В любом случае международные конвенции, о чем бы они ни были, невозможно исключить из *corpus iuridicum* международного публичного права. И очевидно, наиболее теоретически системно оправдано унификационные и подобные конвенции, регулирующие международные экономические отношения, «помещать» в международном экономическом праве, в его подотраслях: в международном торговом праве (унификация преимущественно частноправовых отношений) и в международном имущественном праве (унификация во многом публично-правовых отношений), а также в международном экономическом процессуальном праве¹⁷.

При этом вряд ли были бы основания выделять в международном публичном (экономическом) праве особую подотрасль «международного частного права». Во-первых, потому что в унификационных конвенциях часто соседствуют нормы частноправового и публично-правового характера. Даже в самой, к примеру, «частноправовой» *Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров* можно обнаружить и публично-правовые элементы (например, о ее применимости, о форме сделок и т.п.). Тем более это относится к конвенциям в области международной инвестиционной деятельности и интеллектуальной собственности.

Во-вторых, подотрасль в системе международного права с названием «международное частное право» означала бы путаницу в связи с такими же названиями (причем законодательно закрепленными и предметно иными) в национальных правовых системах.

В третьих, унификационные конвенции – по сути, не о международном частном праве, а просто о частном праве, а «настоящих» конвенций международного частного права (об определении применимого права) ничтожно мало (см. выше рубрику 3).

¹⁶ Показательно, что Европейский Союз и США в процессе принятия Марракешского «пакета» Соглашений ВТО ясно заявили: Соглашения не будут иметь «прямого» действия.

¹⁷ См. подробнее: Г.М. Вельяминов. Международное экономическое право и процесс (Академический курс). С. 47-50, 276 и далее. С. 319 и далее. С. 401 и далее.

Выше уже упоминалась **теория полисистемного понимания** международного частного права, объединяющего как соответствующие международно-правовые нормы, так и национальные (логически следовало бы считать – национальные нормы *всех* государств). Отметим лишь, что в принципе «полисистемность» присуща и изложенной выше «цивилистической теории».

Теория полисистемного международного частного права¹⁸ отражает стремление подвести под общую крышу некоего синтетического, полисистемного, но все же единого (?) международного частного права «генетически» и по содержанию совершенно разнородные нормативные комплексы – международные и национальные.

Во-первых, речь идет о международных (межгосударственных) договорах (и иных международных актах), отличающихся от всех прочих международных договоров (и актов) лишь особым, специфическим предметом регулирования – частноправовыми отношениями, но такая специфичность свойственна вообще любому международному договору (акту).

Во-вторых, имеется в виду национальное законодательство (или прецедентное право) разных (!) стран, причем, как практически установилось, лишь в области коллизионного регулирования. При этом, что наиболее несообразно, два указанных одноименных нормативных комплекса разнородны по *предмету* регулирования, т.е. по основному критерию, дающему основание для выделения той или иной отрасли права. Так называемые «конвенции международного частного права» и подобные договоры и акты имеют своим обычным предметом унификацию или установление конкретных материальных норм частного права, а коллизионное право служит не более чем функционально довольно узким средством определения того или иного применимого национального права и, очевидно, не более того.

Corpus iuridicum «международного частного права» в его «расширенном» понимании (за исключением национальных комплексов в основном коллизионных норм) четко определить невозможно. Слишком, с одной стороны, фрагментарны национальные нормы, регулирующие правоотношения с «иностранным элементом», а с другой стороны, не

¹⁸ См.: Международное частное право. Современные проблемы. Кн. 1. М., 1993. С. 214.

менее фрагментарны и принципиально избирательны для каждого конкретного государства нормы, регулирующие частноправовые отношения на основе разнообразных двусторонних или многосторонних договоров, конвенций.

5. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО КАК НАУКА, ВКЛЮЧАЮЩАЯ ИЗУЧЕНИЕ РЕГУЛИРОВАНИЯ РАЗЛИЧНЫХ ВИДОВ ТРАНСГРАНИЧНЫХ ЧАСТНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Хотя, как выяснено выше, не существует международного частного права в качестве цельной правовой *системы* в объективном смысле, ничто не препятствует тому, чтобы в рамках науки международного частного права, кроме реального *corpus juris* этого права (в объективном смысле), т.е. в основном институтов коллизионного права и коллизионного метода, изучалась бы также в прагматических интересах специфика этого метода применительно к различным видам трансграничных частных правоотношений (гражданского, семейного, трудового и т.п. характера), а также и *результаты* применения коллизионного метода, а именно регулирование соответствующих правоотношений нормами применимого материального права. При этом сами эти материальные нормы, разумеется, не входят в международное «частное» (национальное, по сути – коллизионное) право как таковое, но являют собой самые разнообразные наборы (комплексы) норм тех или иных отраслей, институтов применимого национального права, включая в отдельных случаях и рецепированные нормы международных договоров (конвенций).

Так, если коллизионный метод в результате его применения, например, к международной сделке купли-продажи товара приводит к применению российского права, то конкретно применимы окажутся рецепированные в этом праве нормы Венской конвенции 1980 г., а если по аналогичной международной сделке купли-продажи применимым правом станет, к примеру, право Великобритании (не участвующей в Венской конвенции), применяться будет английское право. Причем и в том, и в другом случае могут оказаться применимыми процессуальные нормы либо России, либо Великобритании или иного третьего государства, в зависимости от того, в судебно-арбитражных органах какой страны будет рассматриваться спор.

Если взять пример из области семейного, транспортного или другой отрасли права, ситуации будут аналогично разнообразны, но во всех случаях пойдет речь о применении материальных или процессуальных норм тех или иных задействованных национальных правовых отраслей и институтов.

Очевидно, прежде всего в прикладных, учебных интересах недостаточно, оказывается, ограничиваться коллизионным методом выбора применимого права. Ведь непосредственно за этим выбором на практике следует главное – использование конкретного материального права, и процесс этот в реальной жизни непрерывен. Именно это, очевидно, ведет и в науке к изучению, кроме собственно коллизионного метода, и «смежного» материально-правового метода. Соответственно Л.А. Лунц пишет: «В состав международного частного права как **специальной отрасли правоведения** (выделено мною. – Г.В.) входят вопросы правоспособности иностранцев, коллизии законов; вопросы унификации материальных гражданско-правовых законов различных стран, вопросы международного гражданского процесса»¹⁹. Все это (и шире) рассматривает Л.А. Лунц в «особенной части» международного права, а еще многообразнее – М.М. Богуславский в своих работах²⁰. Однако такую «особенную часть» следует понимать отнюдь не как международное частное право в объективном смысле (его *corpus iudicium*), но лишь как особенную часть **научного курса**.

Таковы уж, очевидно, свойства и традиции международного частного права, что за этим «брендом» скрывается на самом деле не «международное», но – национальное; нередко не «частное», но – публичное и иногда не единое по составу право, а целый «букет» разнонациональных и разнопредметных правовых институтов, собираемых в науке воедино (насколько можно объяснить, в учебных, прагматических интересах).

6. СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО И МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Профессор М.М. Богуславский, будучи приверженцем «цивилистической» теории международного частного права в его расширенном

¹⁹ Л.А. Лунц. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 32.

²⁰ См. его же: Международное частное право. Особенная часть. М., 1963; М.М. Богуславский. Международное частное право. Его же: Международное частное право. М.: Практикум, 2002 и др.

восприятию, включая применение материально-правовых норм наряду с коллизионными нормами (см. выше), проводит в схематичном изложении следующие различия между международным публичным и международным частным правом²¹.

1. По предмету регулирования (*ratione materiae*) международное публичное право регулирует «политические взаимоотношения государств». Международное частное право регулирует «частноправовые» отношения международного характера, прежде всего «имущественные», а также неимущественные (например, в области авторского и патентного права).

Отметим в этой связи, что «политические» взаимоотношения, во-первых, давно уже приобрели чуть ли не преобладающий «имущественный» (экономический в широком смысле) характер, свидетельством чего служит возникновение во второй половине XX века международного экономического (публичного) права. Во-вторых, так называемые «неимущественные» международные отношения (в том числе интеллектуальная собственность) имеют также явно «имущественное» значение: патенты и авторские права не только продаются и покупаются, но и охраняются, как и иное имущество. А с другой стороны, международное материальное регулирование, к примеру, интеллектуальной собственности во многом не частноправовое, но публично-правовое. Оно касается взаимоотношений, хотя и с участием частных лиц – авторов изобретений, художественных произведений, – но не только

²¹ См.: М.М. Богуславский. в кн.: Международное частное право. Современные проблемы. Кн. 1, 1993. С. 228-229. Его же: Международное частное право. С. 20-22. См. также: С.Н. Лебедев. Унификация правового регулирования международных хозяйственных отношений: некоторые общие вопросы // Юридические аспекты внешне-экономических связей. М., 1979. С. 15-43; А.Л. Маковский. Вопросы теории международной унификации права и состав международного частного права // Материалы Торгово-промышленной палаты СССР. М., 1983. Выпуск 34. С. 26-33; В.П. Звекв. Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 1-103; Н.Ю. Ерпылева. Понятие, предмет, система и источники международного частного права // Международное публичное и частное право. 2002. № 1. С. 18-30; Л.П. Ануфриева. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002; ее же. К вопросу о теории международного права // Моск. журнал межд. Права. 2003. № 1. С. 3-19; В.В. Кудашкин. Актуальные вопросы международного частного права. М., 2004; его же. Правовое регулирование международных частных отношений. СПб.: Юридический центр. Пресс. 2004; Е.В. Кабатова. Осторожно – новая методология. ЭЖ. Юрист. 2004. № 34, авг. С. 8; Ю. Базедов. Унификация международного частного права в Европейском союзе // Моск. журнал межд. права. 2004. № 1. С. 156-178.

и не столько между собой, но и с государствами, действующими с *властными* функциями (правила оформления заявок на изобретения, сроки и условия защиты государствами исключительных прав и т.п.).

2. *По субъектам регулируемых отношений* (*ratione personae*). Основными субъектами международного публичного права являются государства, а в международном частном праве – физические и юридические лица.

Однако и это различие нельзя, полагая, признать надежно определенным. Слишком во многих случаях, и чем дальше – тем больше, и государства широко и масштабно участвуют в традиционно частноправовых «гражданских» отношениях. Достаточно упомянуть государственные концессии, крупные подрядно-строительные работы, многомиллиардные займы государств у иностранных коммерческих банков, у других государств и международных учреждений и т.д.

3. *По источникам права* (*ratio legis*). В международном публичном праве роль основного источника регулирования отношений играет международный договор; в частном праве международные договоры также имеют большое значение, но их нормы в одних государствах входят в состав правовой системы данной страны, а в других могут применяться лишь после того, как будут в определенной форме санкционированы государством.

И в том, и в другом случае, на наш взгляд, нет принципиального различия между применением частноправовых или публично-правовых международных договорных (конвенционных) норм в правовом порядке конкретных государств (см. выше).

Разница может быть, как справедливо отмечает проф. М.М. Богуславский, в способах, методах рецепции (трансформации) международных договорных норм в национальные правовые порядки. Это – генеральная или специальная рецепция (конституционная, ратификационная, промульгационная и т.п.).

* * *

Получается, что международное частное право, строго говоря, называется не «международным» и, как ни парадоксально, не всегда «частным». Оно, во-первых, внутринациональное, а во-вторых, в известной части своей нормативной массы – публично-правовое.

Вся *частноправовая* сущность международного частного права заключена в единственной, но принципиальной нормативной установке: свобода (автономия) воли сторон правоотношений (в этом, и только

в этом частные лица сравниваются, образно говоря, как бы с суверенными государствами). Но для частных лиц эта свобода воли ограничена и производна (и по предмету, и по субъектам правоотношений) от воли отдельных государств, а для самих государств определена их коллективно согласованной самоограничительной волей, выражаемой в международном публичном праве.

В итоге, на наш взгляд, основное, принципиальное отличие международного частного права от международного публичного права заключается в том, что международное частное право – по сути национальное (иногда включая и рецепированное международное), и источник его – индивидуальная нормообразующая суверенная государственная воля того или иного государства. Источник же международного публичного права – коллективно согласованная воля всех или некоторых государств.

Другое существенное отличие лежит в плоскости предмета регулирования. Предмет регулирования международного публичного права ограничен *межгосударственным* характером любых отношений. Предмет же регулируемых отношений международного частного права в смысле права в объективном смысле (*corpus iudicium*) – регулирование коллизий применимого национального права и применимой юрисдикции в частных отношениях любых субъектов права. Этот же «частный» критерий применим и в науке международного частного права в «расширенном» его понимании.

Наконец, наиболее, пожалуй, наглядным отличием может служить *процессуальный метод* разрешения возможных споров, возникающих в рамках соответствующих регулируемых правоотношений. В международном публичном праве это всегда международно-правовые процессуальные средства (международные переговоры, согласительные процедуры, международные суды и арбитражи и т.п.). В международном частном праве – это только гражданско-правовые процессуальные средства в рамках того или иного национального правопорядка или на базе нескольких особых международно согласованных процедур для споров по так называемым «диагональным» отношениям – между государствами и иностранными частными лицами (Вашингтонская конвенция 1965 г. и др.).

РЕЗЮМЕ

1. Так называемое «международное частное право» по существу – не «международное» и во многом не «частное».

Государства имеют, между тем, в своих национальных правовых системах особые правовые отрасли (подотрасли, институты), традиционно именуемые международным частным правом и имеющие своим доминантным, общепризнаваемым предметом регулирования – межсистемные правоприменительные коллизии в международных частноправовых отношениях. Соответственно нормативный состав (corpus *juridicum*) таких отраслей содержит прежде всего так называемые коллизионные нормы, имеющие целью определение права (правопорядка), подлежащего применению к соответствующим правовым отношениям, осложненным т.н. «иностранным элементом», а также права, подлежащего применению при определении правового положения лиц (пример: Раздел VI «Международное частное право», ГК РФ). Это и есть подлинное международное частное право в объективном смысле.

Источниками в формально-юридическом смысле нормативного состава национального международного частного права служат традиционно прежде всего коллизионного характера нормы, содержащиеся в национальных гражданских кодексах, в специальных законах о международном частном праве, а также, возможно, в иных национальных правовых актах о трудовых, семейных, транспортных и т.п. отношениях.

В *corpus juridicum* национального международного частного права отдельных стран могут включаться также и нормы, реципированные из международных конвенций, разработанных в рамках Гаагской конференции по международному частному праву (см. выше), из Конвенции стран Евросоюза 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, и из иных подобных международных актов.

2. Правовые нормы, реципируемые в национальные правовые системы из международных договоров (конвенций) унификационного характера о частном праве – обыкновенно, на наш взгляд, некорректно именуемых «конвенциями международного частного права» (например, упомянутая выше Венская конвенция 1980 г. и другие подобные ей конвенции) – по своей сути нацелены отнюдь не на унификацию национальных отраслей или норм международного частного права, но на унификацию материально-правовых норм тех или иных конкретных национальных правовых, прежде всего гражданско-правовых институтов.

Такого рода конвенции, как впрочем и любые иные международные договоры и их нормы, не имеют *ipso jure* т.н. «прямого» действия в национальных правопорядках договаривающихся, а тем более третьих государств. Чтобы обрести правовую силу в том или ином государстве, не нарушая его государственного суверенитета, соответствующие договорные условия должны быть – предварительно или *post factum* – рецепированы посредством внутринациональной, конституционной, ратификационной, промульгационной или иной специальной рецепционной процедуры.

3. Применяемые в результате, в частности, коллизионного метода конкретные внутринациональные (включая рецепированные из международных договоров) материально-правовые нормы, обыкновенно рассматриваемые в советской и в постсоветской доктрине в качестве регулирующих отношения и с «иностранным элементом», не могут формально-юридически включаться в *corpus juris* национального международного частного права.

Включение такого рода норм в международное частное право вышло бы за рамки предмета его регулирования (см. выше) и означало бы стирание граней между подлинным международным частным правом и гражданским, семейным и др. отраслями права. Поэтому задействованные в правоотношениях с «иностранным элементом» материально-правовые нормы гражданского, семейного и других отраслей права следует трактовать в качестве того, чем они формально и являются, т.е. нормами именно этих отраслей. Кроме, разумеется, случаев, когда отдельные нормы соответствующих отраслей служат определению подлежащего применению права (ст. 1186.1 ГК РФ).

4. Преимущественно, с очевидностью, в прикладных интересах непрерывно-последовательного нормативно-правового обеспечения рассмотрения (в судах, арбитражах, в научно-учебных целях) конкретных правоотношений (начиная при необходимости с коллизионного определения применимого материального права, и с обычно непрерывным переходом к использованию самого этого права), в частности, при рассмотрении правоотношений с так называемым «иностранным элементом», *доктринально* допустимо рассматривать условно – в составе того или иного национального расширенно понимаемого «международного частного права» – также и некие национальные материальные гражданско-правовые и т.п. нормы, в том числе и нормы, рецепированные из международных конвенций унификационного характера о частном праве.

Это, однако, допустимо, только понимая такое расширенное «международное частное право» исключительно в качестве *специальной отрасли правоведения* (Л.А.Лунц), но отнюдь не как подлинное международное частное право в объективном смысле.

Данная отрасль правоведения может мыслиться в виде науки о национальном (для каждой страны собственном) комплексном правовом регулировании трансграничных (иначе с «иностранным элементом») правоотношений субъектов частного национального права. При этом такими субъектами могут выступать и публично-правовые учреждения, включая государство, а сами правоотношения могут подпадать под регулирование не только тех или иных национальных частно-правовых, но и публично-правовых норм, включая и реципированные из международных договоров. Эту отрасль правоведения, дабы терминологически отделить ее от науки собственно международного частного права, можно было бы обозначить как науку о правовом регулировании трансграничных отношений субъектов частного права или (хотя и менее точно) – науку о правовом регулировании частных трансграничных связей (не смешивая с т.н. «транснациональным правом» – см. выше).

Итальянская доктрина международного права (Часть 2. Окончание)

Шумилов В.М.*

(Обзор учебника: Бенедетто Конфорти.

«Международное право»,

5 издание, изд-во «Эдиторьяле Шьентифика», Неаполь,
1999, 446 стр.; Napoli, 1999)

Явление международных организаций. Итак, договоры могут содержать (как было указано выше) не только нормы материальные, но и нормы *формальные*, т.е. нормы, которые, в свою очередь, вызывают новые правила, являются источниками новых норм, – рамочные, учредительные.

Наиболее важным примером могут служить международные организации. Если конституирующим договором (уставом) международная организация снабжена полномочиями принимать решения, обязательные для государств-участников, то такие решения будут представлять собой источники права «третьего уровня» – источники, рожденные конституирующим договором, вытекающие из договора, основанные на договоре.

Количество международных организаций сегодня является впечатляющим. Впрочем, немногие из них обладают (да и то лишь в отдельных областях) по-настоящему властью принимать обязывающие государства решения. Тем не менее государства постепенно передают международным организациям обязывающие полномочия, последовательно *ограничивая собственный суверенитет*.

Как правило, в задачи международной организации входит не создавать нормы, а содействовать сотрудничеству между государствами. Многие организации – например ООН – главным образом лишь стимулируют разработку проектов международных договоров, а уж государства самостоятельно решают, брать или не брать на себя обязательства по таким договорам.

* Шумилов Владимир Михайлович – д.ю.н., зав. кафедрой Всероссийской академии внешней торговли.

Обычно международные организации принимают акты *рекомендательного* характера, т.е. не являющиеся обязательными для государств-участников. Однако есть и международные организации, например ЕС, снабженные обязывающей компетенцией.

Решения международных организаций могут приниматься большинством или квалифицированным большинством голосов. В то же время в процессе принятия решений, как правило, ищется консенсус.

Совет Безопасности (СБ) ООН обладает, с точки зрения *ratione materiae*, ограниченной компетенцией, занимаясь лишь вопросами поддержания мира и международной безопасности. Однако в рамках своей компетенции он вправе принимать обязывающие государства решения. При этом имеется в виду, конечно, что СБ обладает рядом других полномочий (ст. 33-38 Устава ООН), которые реализуются посредством рекомендаций.

Генеральная Ассамблея (ГА) ООН, наоборот, обладает очень широкой компетенцией, но почти не имеет обязывающих полномочий, за исключением полномочий, вытекающих из ст. 17, 18 Устава ООН, по распределению между государствами-членами расходов ООН. Решение о расходах утверждается большинством в 2/3, но является обязательным для всех.

СБ ООН и ГА ООН – это органы ООН, которые состоят из государств. Решения этих органов воплощают в себе волю государств. А вот Генеральный секретарь ООН или судьи Международного суда ООН выступают в личном качестве, а не как представители государств.

В экономической и социальной сфере функционируют международные организации как универсального, так и регионального характера.

К универсальным относятся, в частности, международные организации системы ООН (специализированные учреждения ООН). Они обладают координирующими и контрольными полномочиями.

Специализированные учреждения ООН могут обладать двумя видами функций:

- а) нормативными (*normative*);
- б) оперативными (*operative*), управленческими, например по реализации программ технического содействия, помощи, кредитования и т.п.

Специализированные учреждения ООН издают, как правило, рекомендации либо готовят проекты международных договоров. В ряде случаев, однако, некоторые специализированные учреждения большинством голосов в соответствии с уставами принимают решения, обя-

зывающие участвующие государства (иногда при условии, что государства в течение определенного периода времени не заявят о неприятии таких решений).

Договоры между ООН и специализированными учреждениями содержат комплекс норм, являющихся составной частью как Устава ООН, так и уставов (конституирующих договоров) специализированных учреждений. Этот комплекс норм направлен на то, чтобы дисциплинировать соответствующие органы. И, соответственно, нарушение таких норм либо со стороны ООН, либо со стороны специализированного учреждения будет рассматриваться не как нарушение договорных обязательств, а как основание для недействительности резолюции (решения) того или иного органа.

Ниже следуют примеры международных организаций (специализированных учреждений ООН), которые в соответствии со своими уставами вправе издавать акты, обязывающие участвующие государства, т.е. акты – источники права «третьего уровня».

ИКАО – Международная организация гражданской авиации. В соответствии с конституирующим актом (ст. 37, 54, 90) исполнительный орган Совет ИКАО вправе издавать в форме приложений нормы – международные стандарты воздушного транспорта. Каждое такое приложение принимается большинством в 2/3 и вступает в силу для всех государств-членов по истечении 3 месяцев, если со стороны большинства государств – членов ИКАО не будет заявлено о неприятии приложения.

Таким образом, каждое такое приложение – это настоящий источник права, так как речь идет об акте, обязательном для всех государств-членов, включая государства, не согласившиеся с ним.

ВОЗ – Всемирная организация здравоохранения. В соответствии с конституирующим актом (ст. 21, 22) Ассамблея ВОЗ вправе издавать большинством в 2/3 голосов регламенты, касающиеся, например, порядка предупреждения эпидемий, характеристик лекарственных препаратов и т.п.

Регламенты вступают в силу для всех государств – членов ВОЗ, кроме государств, которые в течение определенного периода времени не заявят о неприятии регламента.

Международный союз электросвязи. В соответствии с нормами, добавленными в конституирующий акт Конвенцией 1982 г., Союз вправе большинством голосов принимать регламенты, обязательные для государств-членов.

МВФ – Международный валютный фонд. Совет управляющих МВФ принимает решения большинством голосов на основе взвешенного голосования: каждое государство-участник обладает разным количеством голосов, в зависимости от размера его квоты в капитале Фонда. США обладают самой большой квотой.

В рамках МВФ осуществляется сотрудничество в международной финансовой системе, поддерживаются валютные курсы и равновесие платежных балансов.

Государства – участники МВФ имеют право при неравновесии платежных балансов прибегать к валютным резервам Фонда – в пределах, зависящих от их квоты в капитале, и на согласованных условиях.

Условия кредитования государств из средств Фонда содержатся в соглашениях – так называемых *stand-by agreements*, а также в «письмах о намерениях» (*lettera di intenti*).

В «письма о намерениях» включаются, например, те или иные условия, касающиеся национальной экономики государства-заемщика.

ИФАД – Международный фонд сельскохозяйственного развития. Решения в ИФАД принимаются большинством голосов.

В целом Фонд находится под преобладающим влиянием развивающихся стран (прежде всего стран – членов ОПЕК, которым принадлежит 2/5 уставного капитала).

ВТО – Всемирная торговая организация. Интересно взглянуть на ВТО с точки зрения процесса принятия решений (хотя ВТО и не является специализированным учреждением ООН).

В соответствии со ст. IX Соглашения об учреждении ВТО в Организации могут приниматься решения, обязывающие участвующие в ВТО государства. Так, например, Конференция министров и/или Генеральный совет вправе принимать большинством в 3/4 голосов решения, касающиеся толкования многосторонних торговых соглашений пакета ВТО, временного освобождения государств от того или иного обязательства по уставу и т.п.

Кроме того, действующий в системе ВТО Орган по урегулированию споров может в соответствующих случаях разрешать применение контрмер в отношении государства – члена ВТО.

Европейский Союз. Три Сообщества – ЕЭС, ЕОУС и Евратом – изначально обладали существенной компетенцией принимать решения, обязательные для государств-членов.

Решения, принимаемые внутри Сообществ, были и остаются самым

ярким примером источников МП, порожденных конституирующими Сообщества договорами.

Будучи самостоятельными и автономными, Сообщества функционируют через общие органы – Совет и Комиссию. При этом Европейское экономическое сообщество (в соответствии с Маастрихтским договором) стало называться Европейским Сообществом.

По Маастрихтскому договору (вошел в силу 1 ноября 1993 г.) на основе трех Сообществ был создан Европейский Союз для совместных действий государств-участников в сфере внешней политики и для сотрудничества в сфере юстиции и внутренних дел.

Государства – участники ЕС передали органам ЕС большое число полномочий, входивших ранее во внутреннюю компетенцию государств, для того, чтобы обеспечить сближение внутренних правовых систем.

Существует две точки зрения на природу ЕС. С одной стороны, считается, что речь идет о настоящих международных организациях. С другой стороны, утверждают, что ЕС – это фрагменты формирующегося федеративного государства.

Действительно, ЕС не похож на классические международные организации. Например, состав Комиссии формируется в личном качестве, а не из представителей государств; Парламент ЕС формируется путем всеобщих и прямых выборов. В ЕС действует принцип, характерный для федеративных государств: приоритет права ЕС над внутренним правом государств-членов.

И все-таки ЕС остается – по крайней мере сегодня – международной организацией (комплексом международных организаций), но с очень сложной системой. Чтобы подчеркнуть особенности Сообществ, их часто называют не *международными*, а *наднациональными* организациями.

Договором об учреждении ЕС (ст. 189) предусмотрены следующие виды актов, принимаемых в ЕС: регламенты, решения, директивы, рекомендации и заключения. Последние два вида актов – рекомендации и заключения – не являются обязывающими актами.

Посредством *регламентов* право ЕС заменяет или определяет внутреннее право государств-членов. Регламенты обязательны для государств во всех своих частях и применяются напрямую в каждом государстве ЕС.

Регламенты содержат нормы общего, абстрактного, рамочного характера и адресуются не только государствам, но и частным лицам.

Решения содержат нормы конкретного характера, могут адресоваться одному государству или частному лицу. Они также обязательны для всех, кому адресованы.

Директивы обязательны для государств-членов лишь в том, что касается результата, который требуется достичь; формы и средства достижения этого результата определяются самостоятельно самими государствами.

Рекомендации международных органов. Типичными актами, принимаемыми органами международных организаций, являются *рекомендации*, не носящие обязывающего государства характера. В этом смысле рекомендации не являются источниками МП. И тем не менее они влекут за собой определенные – вторичные – юридические последствия, юридический эффект: эффект наделения правомерностью, придания легитимности.

Иерархия источников МП. На вершине иерархии источников МП находятся, таким образом, нормы международных обычаев, в том числе особая категория обычно-правовых норм, состоящая из общих принципов права.

Международный обычай – это источник «первого уровня»; единственный источник норм общего международного права, связывающих все государства.

Договор – это источник «второго уровня». Обязательность норм договора основана на международно-правовом обычае *pacta sunt servanda*.

На третьем уровне находятся источники, предусмотренные договорами, в том числе акты международных организаций.

При этом нормы международных обычаев – очень гибкие. Они могут заменяться нормами договоров, и в этом случае договорные нормы будут носить характер *ratione personarum*, т.е. связывать только участников договора.

В то же время нормы международного обычая носят общий характер, а договорные нормы – как правило, конкретный характер.

Поскольку конкретные нормы имеют приоритет над общими, в конечном итоге договорные нормы получают приоритет над обычно-правовыми нормами (кроме случаев, когда обычай формируется как отклонение от договорной нормы).

Нормы международного договора не должны и не могут противоречить императивным нормам общего МП (*jus cogens*). Впрочем, ни док-

трина, ни практика не дают общих критериев относительно того, что считать нормами *jus cogens*.

Представляется, что сложился международно-правовой обычай, в силу которого таковыми являются принципы Устава ООН.

Действие международного права. Предметная сфера современного МП необычайно широка. Оно все глубже проникает в вопросы, которые когда-то были строго зарезервированы только за внутренним правом государств.

Главная идея всего МП (и его обычно-правовой, и договорной частей) состоит в том, чтобы установить пределы, границы для применения силы со стороны государства как вовне, так и внутри своей территории.

При этом классическая свобода действий государства на своей территории ограничена определенными рамками, которых следует придерживаться, например по отношению к иностранцам и их имуществу, к органам иностранных государств, международным организациям.

Одним из обычно-правовых принципов является обязанность защиты иностранцев и их имущества государством пребывания.

Фундаментальной обычно-правовой нормой, затрагивающей разграничение юрисдикций различных государств, является норма о территориальном суверенитете. Эта норма сложилась еще во времена Священной Римской империи. В эпоху абсолютных монархий данная норма существовала как нечто вроде «права собственности государства» (*diritto di proprieta dello Stato*), а точнее – суверена. Объектом права собственности выступала территория. Власть государства над людьми была производной от права собственности на территорию.

В современном понимании норма о территориальном суверенитете предоставляет каждому государству право осуществлять исключительным образом свою власть над территориальным сообществом, т.е. над индивидами, находящимися на территории, и их имуществом.

Территориальный суверенитет сегодня находится под защитой другого фундаментального принципа МП – запрета на применение силы и на угрозу ее применения.

С территориальным суверенитетом связан принцип невмешательства во внутренние и внешние дела других государств, на который часто ссылаются в дипломатической практике и юридическое содержание которого трудно определить. С утверждением других принципов этот принцип потерял свою автономию, растворился в них, оказался

«перекрыт» ими, в частности принципом запрета на применение силы и угрозы силой.

Вопросы иммунитета и юрисдикции. Когда речь идет о пределах свободы одного государства в отношении другого государства, возникает вопрос и о гражданско-правовой юрисдикции: может ли государство предстать перед судом другого государства за нарушение гражданско-правового обязательства или государство и в этом случае защищено иммунитетом?

Итальянское правосудие, например, долгое время (особенно после первой мировой войны) придерживалось принципа «абсолютного иммунитета», но постепенно пришло к принципу «ограниченного (или относительного) иммунитета», который сегодня можно считать общепринятым.

Согласно принципу «ограниченного иммунитета» государство не подлежит гражданско-правовой юрисдикции другого государства в случае, если осуществляло публичные функции, и, наоборот, не имеет иммунитета, если осуществляло действия частного характера (купля-продажа недвижимости в порядке инвестиций, выпуск облигационных займов и т.п.).

Помимо классических рамок, ограничивающих свободу действий государств в отношении иностранцев и иностранных государств, МП знает и другие ограничения свободы действий государства на своей территории.

Сфера внутренней компетенции государств (*dominio riservato*) постоянно подвергается эрозии. Традиционно в сферу внутренней компетенции входили отношения между государством и его гражданами, организация и функции органов власти, экономическая и социальная политика государства и т.п.

Если в международном *обычном* праве еще сохранилось понятие внутренней компетенции, то в международном *договорном* это понятие утратило свое значение. Так, в договорном порядке свобода действий государства на собственной территории (сфера внутренней компетенции) ограничена, в частности, в таких вопросах, как:

- права человека;
- сотрудничество государств в целях развития;
- либерализация внешней торговли;
- региональная экономическая интеграция;
- антимонопольное законодательство;

- права на интеллектуальную собственность;
- унификация частного права (гражданского и торгового права);
- экстрадиция, правовая помощь, взаимное признание судебных и арбитражных решений;
- налогообложение – и др.

США посредством антитрестовского законодательства и торговых бойкотов пытаются возлагать обязательства на предприятия (юридические лица), находящиеся за пределами страны по всему миру, угрожая предприятиям в случае нарушений применить санкции против их имущества и интересов.

Подобные претензии проявились при эмбарго, примененном США в отношении газопровода из СССР в Европу (1981-1982 гг.), в Законе Хэлмса – Бэртона 1996 г. “Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act”, в мерах, предпринятых против Ирана, Ливии. Эта линия США встретила жесткую оппозицию со стороны Европейского Союза (Регламент Совета ЕС № 2271/96 от 22 ноября 1996 г.).

Международное обычное право запрещает распространять юрисдикцию государства на иностранцев при отсутствии адекватной связи с данным территориальным сообществом.

Государство и ресурсы. Свобода действий государств на своей территории предполагает, что государство вправе использовать свои природные ресурсы. Однако при этом не должен наноситься ущерб территории другой страны (или, например, иностранным кораблям, самолетам в открытом море и в воздушном пространстве над открытым морем).

Из международного обычая проистекает норма, обязывающая государства не совершать действий, влекущих вред другим государствам.

Бывает, что деятельность с использованием разного рода ресурсов в пределах одного государства имеет неблагоприятные последствия на территории другого государства (атомные электростанции, выбросы химических веществ в атмосферу и т.п.). Принцип ответственности, который во внутреннем праве выражается фразой «кто наносит ущерб – платит», является и принципом МП, закрепленным в различных международных договорах. В международном сообществе прослеживается линия на формирование международно-правовой обязанности государств рационально управлять ресурсами на своей территории с учетом требований защиты окружающей среды и интересов будущих поколений.

Международное морское право, международное воздушное право, международное космическое право. Пределы власти государств на морских пространствах определяются в рамках международного морского права. По модели норм морского судоходства в значительной степени создаются и нормы воздушной навигации, которые прошли путь становления через международный обычай.

В основу международного воздушного права заложены два главных принципа. Первый вытекает из статьи 1 Чикагской конвенции 1944 г.: суверенитет государств распространяется на воздушное пространство над государственной территорией и территориальным морем. Второй принцип: все остальное воздушное пространство является свободным для использования любой страной.

Государства осуществляют юрисдикцию над воздушными судами своей национальности (то есть своей регистрации). Государства определяют правила полета над своей территорией, устанавливают воздушные коридоры, зоны, запрещенные для пролета. Во время пролета иностранного самолета вся его бортовая жизнь находится под контролем государства, через воздушное пространство которого самолет летит.

С увеличением скорости летательных аппаратов появилась практика установления так называемых «зон идентификации» – зон, находящихся за десятки и сотни километров в воздушном пространстве над открытым морем, примыкающих к побережью государства. Прибрежные государства требуют от направляющихся в их сторону иностранных воздушных судов, чтобы они идентифицировали себя и стали под контроль наземных служб. В противном случае такие воздушные суда принуждаются к посадке или даже сбиваются.

Нормы, регулирующие деятельность в космическом пространстве, развивались по аналогии с принципом свободы полета над «ничейными» пространствами. Государство, запустившее спутник или космический корабль, обладает исключительными правами на них.

Природные ресурсы космоса заключаются в возможности использования пространства для радиосвязи и телекоммуникаций. Государства обладают свободой использования космического пространства для этих целей. Проблема состоит в том, что некоторые возможности являются ограниченными. Например, на геостационарной орбите можно разместить максимум 1800 спутников. В этом случае не действует принцип «первого пришедшего»; государства должны координировать эти вопросы.

В прошлом со стороны группы экваториальных государств (Бразилия, Конго, Эквадор, Индонезия, Кения, Уганда, Заир и Колумбия) была произведена попытка установить свой суверенитет над геостационарной орбитой. Эти государства выступили с Боготской декларацией 1976 г. Однако декларация встретила противодействие большинства государств и не имела конкретных последствий.

Режим полярных пространств. Полярные пространства Земли не подпадают под суверенитет ни одного государства, хотя претензий на это было много.

Что касается Антарктиды, то это, согласно Вашингтонскому договору 1959 г., «интернационализируемая» территория.

Что касается Арктики, то в отношении нее была выдвинута «доктрина секторов», в соответствии с которой государства, примыкающие к полярному кругу, обладают суверенитетом в отношении сухопутных и морских пространств в секторе от их побережья к полюсу. Претензии приполярных государств на суверенитет в отношении соответствующих секторов всегда отвергались большинством государств, в том числе и Соединенными Штатами, одним из приполярных государств. Эти претензии безосновательны.

Над полярными пространствами нет суверенитета какого-либо определенного государства. Каждое государство располагает юрисдикцией в отношении образуемого в таком регионе сообщества (направляемого судна, научной экспедиции, морской платформы и т.п.).

Применение международно-правовых норм на национальной территории. В процессе применения норм МП во внутреннем порядке первостепенное место принадлежит юридическому корпусу, прежде всего судьям и юристам из государственного аппарата.

Внутреннее право должно быть «подложено» под право международное. Эта задача почти во всех государствах решается одинаковыми средствами. Правда, при этом согласование внутреннего права с международным происходит не любой ценой. Государства посредством своего внутреннего права защищают определенные национальные ценности, закрепленные на конституционном уровне. Применение международного права преломляется через эти ценности.

В то же время нельзя защищать любые национальные ценности любой ценой, особенно ценности националистического порядка. Ценности международные – выше; речь идет о международном сотрудничестве и международной солидарности (solidarieta).

Средства адаптации внутреннего права к международному. Различают *традиционные* и *специальные* средства адаптации внутреннего права к международному.

Традиционный способ – когда международно-правовые нормы *воспроизводятся* во внутреннем праве (в конституционных, законодательных, подзаконных актах). Специальный способ – когда внутреннее право *отсылает* к международному. Этот способ имеет множество преимуществ и предпочтителен, поскольку смещает центр тяжести в правоприменении с праводателя на правоприменителя.

Отсылка очень широко применяется в практике Италии и в других странах. Важное исключение составляет Великобритания, где по преимуществу используется традиционный способ имплементации.

Когда нормы МП имплементированы во внутренний правовой порядок, они становятся источником прав и обязанностей для всех субъектов внутреннего права, как и любая правовая норма внутреннего происхождения. Точнее, международно-правовые нормы, можно сказать, исчезают, а вместо них появляются соответствующие внутренние нормы. Международно-правовые нормы как бы «национализируются».

Впрочем, бывают ситуации, когда традиционный способ имплементации просто необходим: когда международно-правовую норму нельзя применить напрямую, а требуются определенные внутренние мероприятия.

В связи с этим различают нормы *самоисполнимые* (self-executing) и *несамоисполнимые* (non self-executing). Самоисполнимыми являются нормы, которые не требуют принятия специальных внутренних мер и применяются напрямую. Для реализации несамоисполнимых норм требуется, как правило, создание определенных органов или процессуальных правил.

Примером несамоисполнимых норм может служить статья 20 Европейской социальной хартии 1961 г., в которой участвует Италия). Хартия предоставляет каждому государству-участнику возможность выбрать пять статей и считать себя связанным только этими статьями.

В международной жизни ощущается тенденция – использовать в политических целях различие между самоисполнимыми и несамоисполнимыми нормами, а именно для того, чтобы не исполнять «нежелательные» нормы.

Об иерархии имплементированных норм. Имплементированные во внутренний правовой порядок нормы МП могут занимать различное

место в иерархии норм. Если, например, нормы МП «вошли» через конституцию, то они приобретают высшую юридическую силу, становятся частью конституционного права.

Нормы МП могут войти во внутреннее право посредством закона или подзаконного акта и занять место в иерархии норм в соответствии с этим.

В Италии верховенство общего международного права подтверждено на конституционном уровне (ст. 10 Конституции Италии).

Международные правонарушения. Что такое противоправный факт в международном праве (*fatto illecito internazionale*)? Каковы его элементы?

Проблематикой международных правонарушений и международной ответственности государств с 1953 г. занималась Комиссия международного права ООН, завершившая эту кодификационную работу в 1996 г.

С точки зрения *субъектного* элемента, противоправный факт выражается в поведении одного или нескольких органов государства. При этом такой орган или органы могут быть частью законодательной, судебной или исполнительной власти как в центре, так и в регионах страны.

Органом государства считается и любое должностное лицо, которое наделено властными полномочиями. Государство несет ответственность также и за действия органа, который, совершая правонарушение, превысил свои полномочия, как они определены внутренним правом. Государство несет ответственность и за противоправные действия частных лиц в отношении иностранцев, иностранной собственности и иностранного государства, если не расследует действия частных лиц и не наказывает их.

Предметно-объектным элементом правонарушения является противоправность поведения органа государства. В этой связи различают, например, два вида правонарушения:

а) один вид правонарушения представляет собой нарушение обязанности обеспечить *результат*;

б) другой вид – нарушение обязанности использовать определенные *средства*.

Обязанность, ориентированная на результат, и обязанность, ориентированная на средства, – вот два критерия.

Примером обязанности, ориентированной на средства, является обязанность подводных лодок, находясь в территориальном море иностран-

ранного государства, плыть в надводном положении. Примером обязанности, ориентированной на результат, может служить обязанность обеспечить защиту иностранцев. Преобладающая часть МП, особенно нормы международных обычаев, ориентированы на результат.

Кроме того, среди правонарушений различают:

- а) международные *преступления*;
- б) международные *деликты*.

К международным преступлениям относятся, например, агрессия, геноцид, апартеид, т.е. грубое нарушение обязанностей фундаментального характера. В случае международного преступления пострадавшим считается любое государство, а не только государство, непосредственно пострадавшее от преступления. А это означает, что право на противодействие (на своеобразную «коллективную самозащиту») получает любое государство, в том числе государство, прямо не затронутое преступлением.

Вопрос взаимности. Во внутренний правопорядок встроен механизм взаимности, означающий, что иностранному государству, его органам и гражданам предоставляется такой режим, какой в иностранном государстве предоставляется государству-контрагенту, его органам и гражданам.

Одностороннее ухудшение правового режима дает основание государству-контрагенту в силу принципа взаимности предпринять контрмеры. Следовательно, взаимность выступает в качестве юридической основы для ввода контрмер.

Международные споры и международное правосудие. Государства обладают правом вынести любой свой спор в соответствующий международный суд. Международный спор – это разногласие по поводу юридического или фактического обстоятельства, столкновение юридических позиций либо интересов между субъектами МП. Не существует споров, заведомо неприемлемых для процедур правосудия.

Международный спор *юридический* отличается, по мнению некоторых юристов, от международного спора *политического* тем, что в политическом споре стороны стараются не столько опереться на международное право, сколько изменить его в свою пользу.

Международное правосудие и международный процесс в современном мире носят главным образом арбитражный характер. Некоторые международные суды ограниченной компетенции не меняют картину; они тоже по существу являются арбитражами (за отдельными исклю-

чениями – вроде Суда ЕС). Ни один международный судья не может вынести решения, если его юрисдикция предварительно не принята сторонами спора. До сих пор даже уяснение, толкование международно-правовых норм осуществляется юристами во внутреннем правопорядке. Возможно, поэтому внутреннеправовой аспект все еще превалирует над международно-правовым, когда речь заходит о применении норм МП.

Институт международного судопроизводства/арбитража проделал заметную эволюцию во второй половине XX века, хотя и не затронул фундаментальной основы – добровольного характера обращения к международному правосудию.

Прежняя практика обращения к международному арбитражу была следующей. В случае спора между государствами спорящие стороны заключали арбитражное соглашение (так называемый «арбитражный компромисс»), назначали арбитра, которым мог быть глава какого-либо государства, или коллегия арбитров, формулировали некоторые процедурные правила и брали обязательство уважать вынесенное решение. Решение зачастую содержало только резолютивную часть и вовсе не содержало мотивировочной части.

Современный международный арбитражный (судебный) процесс ушел заметно дальше: формализованы требования к форме арбитражного решения, более детализированным стало арбитражное соглашение, произошла институционализация арбитражных коллегий. Так, например, Международный суд ООН представляет собой очень высокую степень институционализации всех сторон международного процесса: в нем действует постоянный корпус судей, существуют жесткие правила процедуры, которые не могут быть изменены сторонами спора. Однако и здесь споры рассматриваются лишь в том случае, если на это согласны стороны спора.

Заключение. Нет сомнения, что более-менее системное знакомство с доктриной международного права, изложенной Б. Конфорти, является полезным и содержательным для российских юристов, специалистов-практиков, студентов, преподавателей.

С отдельными положениями итальянского юриста-международника можно согласиться; некоторые аспекты вызывают возражения и контраргументы. Так, например, отмечается, что международное право – это право надгосударственное; право международного сообщества; право, которое регулирует одновременно и межгосударственные,

и межличностные отношения. Представляется, что итальянский автор увидел в международном праве некие новые качественные моменты и приписал их самому международному праву. На самом деле эти новые моменты есть проявление более широкой реальности – формирования Глобального права, которое состоит или будет состоять из ряда компонентов: международного права, внутреннего права государств, наднационального права и транснационального права (о концепции Глобальной правовой системы см. журналы «Московский журнал международного права», № 4, 2002; «Юрист-международник», № 3, 2003).

Есть в изложенном материале и рассуждения, требующие дополнительного обдумывания. Часть приводимых примеров вполне может быть использована в преподавательской и научной работе.

Как бы то ни было, Б. Конфорти добавит пищи для размышления и информации для всех, кто работает над проблемами международного права.

Фрагментация международного права

Колодкин Р.А.*

Вопрос о т.н. фрагментации международного права стал в конце прошлого века примечательной чертой дискуссии среди специалистов по международному праву. Ему посвящены научные работы, им занимается Комиссия международного права ООН (далее – КМП), его обсуждают государства в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН¹.

* Колодкин Роман Анатольевич – член Комиссии международного права ООН.

Автор благодарит С.С. Саренкову, которая была его ассистентом на 59-й сессии Комиссии международного права, за помощь в подготовке данной статьи.

¹ См., например: Brownlie I. Problems concerning the unity of international law. In: *Le droit a l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I (Universita di Genova, Istituto di Diritto Internazionale e della Navigazione della Facolta di Guirisprudenza, Giuffre Milano, ed.1987). P. 153-162; Wellens K.C. Diversity in secondary rules and the unity of international law: some reflections on current trends. In: 25, *Netherlands Yearbook of International Law* (1994). P. 3-57; Sur S. The State between Fragmentation and Globalization. In: 3, *European Journal of International Law* (1997). P. 421-434; Treves T. Recent trends in the settlement of international disputes. In: *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, 1997. P. 395-436; Charney J.I. *International Law and Multiple International Tribunals*, *Recueil des Cours, Academie de Droit International*, 271 (1998). P. 101-382; Symposium on "Proliferation of International Tribunals: Piecing Together the Puzzle", *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 31, № 4 (1999). P. 679-970; Dupuy P.-M. Multiplication des juridictions internationales et dangers de fragmentation de l'ordre juridique international. In: *CEBDI*, vol. III, 1999. P. 265-281; Casanovas O. *Unity and Diversity in Public International Law*, *Martinus Nijhoff Publ., The Hague/New York/London*, 2001; *ASIL, Proceedings of the 96th Annual Meeting, March 13-16, 2002*. P. 368-380; for more bibliography see: Koskeniemi M. & Leino P. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*, 15(3) *Leiden Journal of International Law* (2002). P. 553-579; Brown C. Review Essay "The Proliferation of International Courts and Tribunals: Finding Your Way through the Maze", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3, 2002. P. 453-475. See also speeches by G. Guillaume, President of the International Court of Justice, to the General Assembly of the United Nations of 26 Oct. 2000 and of 30 Oct. 2001 and to the Sixth Committee of the General Assembly of 27 Oct. 2000 and of 31 Oct. 2001, www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/SPEECHES/iSpeechPresident_Guillaume. Краткое изложение дискуссии в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН см. в: *United Nations Doc. A/CN.4/513*, 15 Feb. 2001, paras. 379-380; *UN Doc. A/CN.4/529*, 14 Jan. 2003, paras. 215-229; *UN Doc. A/CN.4/537*, 21 Jan. 2004, paras. 218-231. Безусловный интерес представляют итоги работы по данной теме 56-й сессии КМП. (См. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-sixth session (3 May – 4 June and 5 July – 6 August 2004). *General Assembly, Official Records, Fifty-ninth session, Supplement № 10 (A/59/10)*).

Фрагментация², т.е. распад, разделение или разрушение целого на отрывочные, не полные, не связанные между собой части, применительно к системе международного права (если, конечно, исходить из того, что она существует) – явление, думается, негативное. Тем не менее в Шестом Комитете Генеральной Ассамблеи ООН представители некоторых государств отмечали, что КМП должна уделить внимание не только негативным, но и позитивным аспектам фрагментации³. Об этом же говорилось в Исследовательской группе, созданной КМП для рассмотрения темы фрагментации. Исследовательская группа пришла к выводу о том, что «название темы «Риски, проистекающие из фрагментации международного права» (которую начала рассматривать КМП. – Р.К.) не вполне адекватно, поскольку явления, обозначаемые термином «фрагментация», представлены в слишком негативном свете». Было решено изменить название темы на менее алармистское: «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права»⁴.

Что имеют в виду, когда говорят о фрагментации международного права? Фрагментацию или, по крайней мере, ее угрозу видят в пролиферации международно-правовых норм и институтов, в «автономности» или «самодостаточности» некоторых международно-правовых режимов, в распространении международного права на те сферы отношений, которые раньше не считались подходящими для международно-правового регулирования. Указывают на регионализацию и специализацию международного права, в частности, в таких областях, как права человека и международная торговля, на создание международных судов и других органов, применяющих и толкующих международное право и обладающих компетенцией по одним и тем же или частично совпадающим вопросам. Отмечается, что все это приводит к конфликтам между нормами и режимами, толкованием и применением одних и тех же норм в различных ситуациях, распаду целостной и гомогенной международно-правовой системы⁵. Или что «сис-

² «Фрагмент» – это отрывок текста, музыкального произведения, обломок, остаток древнего произведения. «Фрагментарный» – являющийся фрагментом, сохранившийся лишь в обломках, остатках; отрывочный, неполный. См., например: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., «Русский язык», 1990. С. 855.

³ UN Doc. A/CN.4/529, 14 Jan. 2003, paras. 218-220; UN Doc. A/CN.4/537, 21 Jan. 2004, paras. 220.

⁴ Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Пятьдесят седьмая сессия. Дополнение № 10 (A/57/10), п.п. 494, 498, 500.

тема международного права состоит из беспорядочных частей и элементов, имеющих различную структуру, и поэтому вряд ли можно говорить об однородном характере международного права»⁶.

Говорится об опасности институциональной фрагментации, выражающейся в неоднообразной, негомогенной деятельности возрастающего числа международных судебных и арбитражных органов, и об угрозе материальной фрагментации, связанной с конфликтами между нормами международного права. Чаще всего приводят следующие примеры ситуаций, свидетельствующих о фрагментации международного права.

В контексте пролиферации международных судов указывают на противоречия между мнением, высказанным Международным Судом в деле *о военных и полувоенных действиях в и против Никарагуа* 1986 года, и мнением Международного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) по делу *Тадича* 1996 года. Международный Суд отметил, что государство несет ответственность за операции полувоенных формирований на территории другого государства в том случае, если оно осуществляет «эффективный контроль» над этими операциями. При этом Суд подчеркнул важность степени контроля⁷. МТБЮ решил, что для присвоения государству ответственности за такие действия достаточно, чтобы оно осуществляло «общий контроль»⁸. Делается вывод о том, что, таким образом, два суда по-разному истолковали и применили одну и ту же норму международного права.

В контексте диверсификации международного права, стремительного развития его правочеловеческой отрасли указывают на проблему оговорок к международным договорам в области прав человека. Речь, в частности, идет о том, что режим оговорок и возражений на них,

⁵ UN Doc. A/CN.4/529, 14 Jan. 2003, paras. 216-217. М. Коскенниemi так описывает фрагментацию: «...возникновение и консолидация специальных режимов и технических поддисциплин: права человека, право окружающей среды, торговое право, применение силы и т.д. В каждой из этих областей партикулярные интересы проецируются как универсальные, что приводит к нормативным и юрисдикционным конфликтам». Koskenniemi M. What Is International Law For? In: International Law. Ed. by M. D. Evans, Oxford Univ. Press, 2003. P. 109.

⁶ Хафнер Г. «Риск фрагментации международного права». Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Пятьдесят пятая сессия. Дополнение № 10 (A/55/10). С. 369.

⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986. P. 14, at P. 52, 54-55, paras. 109, 115.

⁸ ICTY: Prosecutor v. Tadic, 38 I.L.M. 1518 (1999). P. 154-159, paras. 117-162.

зафиксированный в Венской конвенции о праве договоров 1969 года (далее – ВКПД), не применяется, когда речь идет о международных договорах в области прав человека. При этом указывают на позицию, занятую в отношении оговорок органами, созданными на основе этих договоров. Так, из Общего комментария № 24 Комитета по правам человека следует, что этот орган считает себя вправе признавать недействительной оговорку, сделанную государством при принятии обязательств по Международному пакту о гражданских и политических правах 1966 года. Соответственно в таком случае данное государство будет связано положениями этого договора в полном объеме⁹.

Другой пример – деятельность Европейского суда по правам человека. В деле *Белилос* против Швейцарии 1988 года Суд, решив, что обладает юрисдикцией по вопросу о действительности оговорки или толковательного заявления к Европейской Конвенции по правам человека, признал, что толковательное заявление (вопрос о действительности которого Суд на самом деле рассматривал так, как если бы речь шла об оговорке), которую сделала Швейцария, было недействительным и что Швейцария была связана Конвенцией в полном объеме¹⁰.

Как на свидетельство об утрате международным правом единства указывают на появление т.н. «автономных» (autonomous) или «самодостаточных» (self-contained) режимов. В качестве примера такого режима называют режим оговорок к договорам о правах человека или правовую систему ВТО. Отмечают, в частности, что в документах этой организации и решениях ее Органа по разрешению споров не получают достаточного отражения нормы общего международного права.

Упоминается и о т.н. параллельном регулировании одних и тех же вопросов на универсальном и региональном уровнях. Например, говорят о сосуществовании двух конвенций о несудоходных видах использования международных водотоков: универсальной Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков, принятой ООН в 1997 году,

и региональной Европейской конвенции о международных водотоках 1992 года¹¹.

⁹ UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6, 11 November 1994.

¹⁰ ECHR, *Belilos* judgment of 29 April 1988, Series A № 132. P. 24-28, paras. 50-60.

¹¹ Об этих и других примерах фрагментации см., в частности: Хафнер Г. Указ. соч.; Доклад Исследовательской группы КМП по теме фрагментации в: Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Пятьдесят восьмая сессия. Дополнение № 10 (A/58/10), п. 419.

Действительно ли это свидетельства неизбежной фрагментации международного права? Можно ли вообще говорить о международном праве как о целостной системе? Если международное право – это система, то является ли она полной, всеобъемлющей? Или же мы имеем дело с фрагментарным явлением, и международное право бессистемно регулирует одни аспекты отношений и оставляет неурегулированными другие, а его нормы при этом еще и зачастую конфликтуют между собой и конфликты эти неразрешимы?

Примерно с середины 60-х годов прошлого столетия в советской, а затем российской международно-правовой доктрине начало формироваться и потом закрепилось в качестве главенствующего мнение о том, что международное право – это прежде всего система норм¹². С теми или иными различиями на это указывают практически все современные определения международного права в российской доктрине¹³.

Российская доктрина исходит из структурированного, иерархического характера системы международного права, в которой главенствующая роль принадлежит его основным принципам, составляющим идейную и нормативно-правовую основу системы¹⁴. Считается, что

¹² См.: Фельдман Д.И. Система международного права. Изд-во Казанского ун-та, 1983. Историю формирования системного подхода в советской международно-правовой науке см. в: Курс международного права. В 7 томах. Том 1. Понятие, предмет и система международного права / Под ред. Ю. Баскина, Н. Крылова, Д. Левина и др. М.: Наука, 1989. С. 253-256.

Как отмечает С. Черниченко, слова «прежде всего» целесообразно употребить в этом контексте потому, что понятие международного права не сводится только к системе норм. См.: Черниченко С. Теория международного права. В 2 томах. Том 1. Современные теоретические проблемы. М.: «НИМП», 1999. С. 15.

В качестве примера нетрадиционного (или не вполне традиционного) для отечественной доктрины взгляда на международное право отметим статью С.Л. Рогожина, в которой автор по сути соглашается с упомянутой выше концепцией Г. Хафнера. Рогожин С.Л. Мифы права. Опыт парадоксального анализа международного публичного права // МЖМП. 2003. № 3. С. 16-33.

¹³ См., например: Международное право / Под ред. В.И. Кузнецова. М.: Юрист, 2001. С. 27; Международное право / Под ред. Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунова. 3-е изд. М.: Норма, 2003. С. 6; Международное право / Под ред. Е.И. Усенко и Г. Шинкаревой. М.: Юрист, 2003. С. 17; Международное право / Под ред. Ю.М. Колосова и Э.С. Кривичиковой. М.: Международные отношения. 2001. С. 15; Международное публичное право / Под ред. К.А. Бекашева. 3-е изд. М.: Проспект, 2004. С. 16; Международное право / Под ред. Г.И. Тункина. М.: Юридическая литература, 1994. С. 10; Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: БЕК, 1996. С. 1, 98-101.

¹⁴ Курс международного права, т. 1, С. 261. И.И. Лукашук к основным юридическим и морально-политическим системообразующим факторам относит не только принципы, но и цели международного права. См.: Лукашук И.И. Указ. соч. С. 98-101, 116-120.

основные принципы – это наиболее важные, коренные общепризнанные нормы международного права, обладающие высшим юридическим авторитетом¹⁵.

По преобладающему среди российских ученых мнению, основные принципы международного права являются нормами *jus cogens*, и все другие нормы международного права должны им соответствовать¹⁶. Вместе с тем, как писал Г.И. Тункин, «не было проведено достаточных исследований, чтобы доказать, все ли основополагающие принципы являются императивными или, как можно предположить, некоторые из них лишь частично императивны»¹⁷. (О частичной императивности основных принципов или, по крайней мере, некоторых из них, пишет, например, Р.А. Мюллерсон. Однако при этом он отмечает, что, как бы ни обстояло дело с природой *jus cogens* основополагающих принципов, без них само существование международного права как когерентной системы действительно было бы под вопросом¹⁸.)

В качестве основных принципов международного права в нашей доктрине рассматриваются обычно принципы Устава ООН, содержание которых раскрыто в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1970 году, и в Декларации принципов Заключительного акта Совещания по безопасности и сотрудничеству СБСЕ 1975 года.

Вряд ли можно говорить о существовании в международном праве некоего исчерпывающего перечня его основных принципов. Напри-

¹⁵ См., например: Международное право // Под ред. Е.И. Усенко и Г.Г. Шинкаревой. С. 41.

¹⁶ Курс международного права, т. 1, С. 261. См. также: Международное право // Под ред. Г.И. Игнатенко и О.И. Тиунова. С. 99; Международное право // Под ред. В.И. Кузнецова. С. 124; Международное право // Под ред. Ю.М. Колосова и Э.С. Кривчиковой. С. 41-42, 47-48.

¹⁷ Tunkin G. *International Law in the International System*, *Receuil des Cours, Academie de Droit International*, IV, 147 (1975). P. 98. К выводу о «неполной» когерентности некоторых основных принципов международного права пришел в свое время и Л.Н. Шестаков. См.: Шестаков Л.Н. Императивные нормы в системе современного международного права. Изд-во Московского университета, 1981. С. 93-119.

¹⁸ Mullerson R. *Ordering anarchy. International law in international society*. Martinus Nijhoff Publ. The Hague/Boston/London, 2000. P. 156-159. Здесь же см. анализ западной доктрины об основных принципах международного права.

мер, наряду с упомянутыми, к числу основных принципов следовало бы отнести принцип ответственности государства за международно-противоправное деяние¹⁹ или связанный с принципом суверенитета принцип, согласно которому ограничения суверенитета в международном праве не могут презюмироваться и поэтому поведение государства, не запрещенное международным правом, правомерно.

Помимо основных принципов, российские авторы выделяют т.н. отраслевые принципы международного права, т.е. нормы, являющиеся наиболее общими и важными для его отраслей²⁰. Важно, что отраслевые принципы зачастую являются производными от основных принципов и в любом случае не могут им противоречить.

Этот системный взгляд на международное право, разделяемый автором настоящей статьи, отнюдь не предполагает, что международное право является статичным, гомогенным явлением. Оно развивается вместе с теми общественными отношениями, которые оно регулирует, и отражает все многообразие этих отношений. Наряду с немногочисленными нормами основополагающего характера, защищающими базисные ценности человечества и имеющими императивный характер, существуют многочисленные диспозитивные нормы. От этих норм, в отличие от норм императивных, государства могут отходить в заключаемых между собой соглашениях. Именно таким образом наряду

¹⁹ Как отмечает И.И. Лукашук, ответственность – «прежде всего, это принцип международного права, в соответствии с которым всякое противоправное деяние влечет за собой ответственность виновного субъекта по международному праву». Лукашук И.И. Указ. соч. С. 179.

²⁰ Например, применительно к международному воздушному праву говорят о принципе суверенитета государства над его воздушным пространством, принципе разрешительного порядка международных полетов и перевозок в суверенном воздушном пространстве и принципе свободы полетов за пределами государственной территории. Для международного экономического права считают отраслевыми принципы экономического сотрудничества, суверенитета государств над природными ресурсами, взаимной выгоды, экономической недискриминации, а также принципы наиболее благоприятствуемой нации и предоставления национального режима. В качестве отраслевых принципов международного права окружающей среды указывают принцип, согласно которому государства не должны в результате деятельности в рамках их юрисдикции или контроля причинять ущерб окружающей среде других государств или районов за пределами действия национальной юрисдикции. Как и в международном экономическом праве, в праве окружающей среды выделяют принцип суверенитета государства над своими национальными природными ресурсами; как о формирующемся (а некоторые авторы – как об уже сформировавшемся) говорят об отраслевом принципе предусмотрительного подхода, или принципе предосторожности, и некоторых других принципах.

с нормами общими зачастую возникают и существуют нормы специальные, наряду с универсальными – партикулярные, локальные. Сегодня новые универсальные и партикулярные, общие и специальные нормы встраиваются в существующую международно-правовую систему, развивая и дополняя ее.

Общепризнанно, что сфера регулирования международного права все время расширяется. Оно распространяется на те области, в которых международное сотрудничество раньше не осуществлялось (например, охрана окружающей среды). Оно регулирует те отношения, которые раньше относились к сфере исключительно внутренних дел государства и регулировались только национальным правом (например, права человека). Оно имеет дело с субъектами, деятельность которых напрямую им прежде не затрагивалась (индивиды, юридические лица, международные неправительственные организации). Новые международно-правовые нормы возникают все время. Это, однако, не означает, что существующее международное право фрагментарно и, соответственно, изобилует пробелами.

Конечно, не все конкретные отношения между государствами урегулированы конкретными международно-правовыми нормами. В этом смысле можно говорить о существовании в системе международного права определенных пробелов. Однако вряд ли можно согласиться с присущим специалистам, отрицающим системный, всеобъемлющий характер международного права мнением, согласно которому международному порядку присущи многочисленные «лакуны»²¹. По существу любое поведение государства можно оценить с точки зрения принципов международного права, характеризуя это поведение в каждом случае как правомерное или неправомерное. Это возможно, поскольку, как отмечал Г.И. Тункин, основные принципы международного права покрывают все сферы отношений между государствами²².

Оценить правомерность поведения государства в любом случае можно и с точки зрения принципа, в соответствии с которым поведение, не запрещенное международным правом, правомерно. При рассмотрении вопроса *о правомерности применения ядерного оружия* в Международном Суде ряд стран, включая Россию, отмечал, что «государства свободны в том, что касается угрозы использования или использова-

²¹ См., например: Carreau D. Droit international public., 7-th edition, Paris, ed. A. Pedone, 2001. P. 35-36.

²² Международное право / Под ред. Г.И. Тункина. М.: Юридическая литература, 1994. С. 51.

ния ядерного оружия, до тех пор, пока не будет показано, что они обязаны не делать этого со ссылкой на запрет в договорном или обычном международном праве»²³. Еще в 1927 году в решении по делу *Лотус* Постоянная Палата Международного Правосудия указала, что «ограничения независимости государств не могут... презюмироваться» и что международное право оставляет государствам широкий простор для действий по своему усмотрению, «который ограничен лишь... запретительными нормами»²⁴. В этом же ключе Международный Суд в деле *о военных и полувоенных действиях в и против Никарагуа* отметил: «... в международном праве нет норм иных, чем те, которые могут приниматься заинтересованными государствами договорным или другим путем, которыми уровень вооружений суверенного государства может быть ограничен, и этот принцип действителен для всех государств, без исключения»²⁵.

²³Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Rep., 1996.P. 226, at P. 238, para. 21.

²⁴P.C.I.J., Series A, № 10, Sept. 7th, 1927, Collection of judgments, The case of the S.S." Lotus", P. 18 and 19.

²⁵Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986. P. 14, para. 269. Интересно мнение О. Казановаса: «Говорят, что пробел существует, когда считается, что правовая система не содержит нормы, которую стоило бы иметь. В таком случае пробел – это не столько пробел, сколько критика существующего права и предложение относительно новой нормы *de lege ferenda*; можно назвать такие пробелы пробелами *de lege ferenda*. Термин «пробел» употребляется и в другом смысле – для обозначения ситуации отсутствия определенных норм по соответствующим вопросам. Это т.н. технический пробел. Отсутствие на определенном этапе норм, регулирующих деятельность в космосе, было пробелом нормы, но не права, т.к. есть возможность применения других, более общих правовых предписаний, которые могут адекватно решить проблему, не урегулированную специальной нормой. Кроме того, говорят, что пробел существует, когда, несмотря на наличие норм, относящихся к вопросу, рассматриваемому судом, эти нормы не учитывают ни исключительный характер соответствующего случая, ни ограничения, которые могут считаться необходимыми. Это «неуместные пробелы» или «скрытые пробелы». По мнению О. Казановаса, «все правовые системы стремятся избегать пробелов или ограничивать их. ...Применительно к проблеме полноты права этот принцип (ограничения независимости государств не могут презюмироваться. – Р.К.) означал бы в международном праве, что все, что явно выражено не запрещено, разрешено». Однако, добавляет он, «возможно, нельзя утверждать, что этот принцип применяется во всех случаях, относящихся к международной правовой системе». Автор продолжает: «Консультативное заключение Международного Суда в деле о правомерности применения или угрозы применения ядерного оружия показывает трудности, которые могут возникать из-за отсутствия применимых норм. ...Отсутствие специфических норм, касающихся угрозы или использования ядерного оружия,

В то же время очевидно, что для эффективного международно-правового регулирования одних основных или отраслевых принципов недостаточно. Для этого необходимы конкретные нормы²⁶.

Международное право по определению многообразно или разнообразно. Его нормы являются продуктом взаимодействия государств с различными уровнями экономического и политического развития, интересами, идеологиями, традициями, культурами, правовыми школами т.д. Это усугубляется в основном горизонтальным характером международной системы, наличием в ней различных региональных, специализированных отраслей или подсистем. В то же время нельзя не признать, что даже в период наиболее явно проявившегося идеологического, политического, ценностного и экономического разобщения современного мира – в эпоху холодной войны и глобального противоборства двух систем – капиталистической и социалистической – общее, универсальное международное право переживало период бурного развития.

В тот период были также распространены пессимистические взгляды на возможность существования общего международного права в условиях конфликта двух систем и появления новых независимых государств в результате деколонизации, много говорилось о перспективах распада существующей универсальности международного права²⁷. Казалось бы, для таких взглядов были достаточные основания. Группы государств, объединенные географическим положением, экономикой, разделяемой ими идеологией, ценностями, политическими устремлениями и т.п., не просто, как прежде, создавали и развивали свои региональные правовые подсистемы. Социалистические страны настаивали на существовании параллельно с общим международным правом своего, особого содержательно, идеологически и политически, «социалистического международного права». Нормы «социалистического международного права», основанного на принципах «социалистического интернационализма», с точки зрения социалистических

не приводит к образованию такого правового вакуума, который не мог бы быть заполнен нормами и принципами общего характера, такими как положения Устава ООН, касающиеся законной самообороны, и принципами международного гуманитарного права». О. Casanovas. *Op. cit.* P. 92-96.

²⁶ См. также: *Международное право* / Под. ред. Г.И. Тункина. М.: Юридическая литература, 1994 С. 51.

²⁷ Подробное описание этих взглядов см. в: Тункин Г.И. *Теория международного права*. М.: Международные отношения, 1970. С. 24-40.

государств, регулировали отношения между ними, заменяя в этих отношениях принципы общего международного права. Эти принципы социалистической законности в отношениях между социалистическими государствами были “*lex specialis*” по отношению к нормам общего международного права»²⁸.

Однако именно в это время общее международное право начало стремительно развиваться. Принципы неприменения силы и угрозы силой, мирного разрешения споров, уважения прав человека, самоопределения, территориальной целостности, т.е. те основополагающие нормы, которые определяют лицо и систему современного международного права, стали общепризнанными. Именно этот период стал «золотым веком» кодификации и прогрессивного развития международного права: морского права, права договоров, дипломатического и консульского права, международного права в области прав человека, гуманитарного права, права международной безопасности, космического права и т.д. Это стало возможным главным образом вследствие того, что, несмотря на все различия, государства объективно оставались связанными некоторыми общими высшими ценностями, прежде всего такими, как мир и безопасность. Важно, что государства осознавали необходимость закрепления этих ценностей в общеобязательных юридических правилах.

Распад «социалистического лагеря», прекращение мирового противоборства двух идеологий и, соответственно, холодной войны в сочетании с возникновением феномена глобализации создали объективные условия для дальнейшей универсализации международного права, развития его системы, углубления транснационального характера его воздействия. Появление глобальных вызовов, которые иногда называют среди факторов, ведущих к фрагментации международного права, на самом деле также объективно диктует необходимость поиска прежде всего глобальных международно-правовых ответов. Другое дело – удастся ли международному сообществу их выработать.

²⁸ I. Scobbie, Some common heresies about international law. In: International law. Ed. by M.D.Evans. P. 75. Однако Г.И. Тункин писал, что поскольку основные принципы общего международного права имеют характер *jus cogens*, принципы социалистического интернационализма не могут им противоречить. Соответственно они не превалируют над принципами общего международного права, а лишь развивают, дополняют и, поэтому будучи специальными нормами, заменяют общие нормы международного права в отношениях между социалистическими государствами. См.: Тункин Г.И. Теория международного права, С. 503-506.

В отсутствие глобальных международно-правовых решений начинается их поиск на других уровнях. Характерный пример – разработка антитеррористических договоров на региональном уровне в ситуации, когда переговоры по т.н. всеобъемлющей конвенции по терроризму в ООН не продвигаются уже в течение нескольких лет.

Очевидно, что сохранились многие различия между государствами, в силу которых будут продолжать существовать и возникать новые региональные, двусторонние и другие не универсальные правовые нормы. Однако если уж все связанные с противоборством двух систем проблемы не помешали становлению системы международного права, не разрушили ее целостность, то тем более вряд ли можно рассматривать фрагментацию как реальную угрозу системе международного права в эпоху глобализации. Во всяком случае объективных предпосылок для фрагментации системы международного права сейчас, как представляется, нет. Следует также иметь в виду, что основными создателями и хранителями международного права являются государства. Они же, судя по дискуссии в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН, по их реакции на деятельность различных международных судебных органов, ВТО и других международных органов, по крайней мере пока, не воспринимают эту деятельность как несущую угрозу целостности международно-правовой системы. Закономерна в этой связи и упомянутая выше эволюция, которую претерпела тема фрагментации в КМП.

Методологически КМП правильно решила рассматривать то, что называют фрагментацией, с точки зрения уже сложившихся в международном праве подходов к ситуациям конфликтов между различными нормами²⁹. Вместе с тем за рамками Комиссии такой «статистический» подход, когда анализируются конфликты между уже существующими нормами, стоило бы расширить.

²⁹ Следующие темы были включены в 2002 году в программу работы Исследовательской группы КМП: (а) Функция и сфера применения нормы *lex specialis* и вопрос об «автономных режимах»; (б) толкование договоров в свете «любых соответствующих норм международного права, применяемых в отношениях между участниками» (п. 3 с) ст. 31 ВКПД) в контексте общей эволюции международного права и озабоченностей международного сообщества; (с) применение последовательно заключенных договоров, относящихся к одному и тому же вопросу (ст. 30 ВКПД); (d) изменение международных договоров только во взаимоотношениях между определенными участниками (ст. 41 ВКПД); (е) иерархия в международном праве: *jus cogens*, обязательства *erga omnes*, статья 103 Устава ООН как коллизионные нормы. Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Пятьдесят восьмая сессия. Дополнение № 10 (A/58/10), п. 413.

Деятельность различных международных органов, осуществляющих применение и толкование международного права, создание региональных и иных партикулярных международно-правовых норм надо рассматривать в контексте существующей международно-правовой системы, ее основополагающих принципов. При этом важно принимать во внимание, что эта система постоянно развивается, следуя за изменениями, происходящими в мире, а также то, что создателями международно-правовых норм являются в конечном итоге именно государства. Сами по себе международные органы по рассмотрению споров не создают нормы международного права (если, конечно, их не наделяют этим правом государства). Поэтому деятельность международных органов, применяющих и толкующих международное право, (прежде всего речь идет об органах, в которых представлены не государства, а судьи или эксперты в личном качестве) необходимо рассматривать и оценивать с учетом реакции на нее государств, их практики и *opinio juris*, следующими за решениями этих органов.

Наряду с этим следует иметь в виду, что создание международно-правовых норм, приход новых норм на смену старым – это процесс, который может быть противоречивым. Зачастую поведение государств первоначально может выглядеть как нарушение существующей нормы права, и лишь впоследствии выясняется, что на самом деле это было начало формирования новой нормы. Кроме того, в отсутствие конкретной международно-правовой нормы, или когда ее содержание еще не до конца ясно, решения международных органов в примерно аналогичных ситуациях могут различаться. Необходимо время и прояснение позиций не только и не столько международных органов, сколько, в первую очередь, государств на сей счет, чтобы стало ясно, каково содержание соответствующей международно-правовой нормы, находящейся в процессе становления. В этой связи вопрос фрагментации должен рассматриваться также с точки зрения формирования обычных норм международного права и их взаимоотношения с договорными нормами³⁰.

Проанализируем упомянутые примеры фрагментации как с точки зрения известных принципов разрешения конфликтов между между-

³⁰ В этом контексте см. анализ процесса изменения существующих норм международного права в ходе возникновения новых обычных норм, предлагаемый Р. Хиггинс. (Higgins R. *Problems & Progress. International law and how we use it*. Oxford Univ. Press, 1995. P. 18-22, 28-32.)

народно-правовыми нормами (общие – специальные; последующие – предыдущие; императивные – диспозитивные), так и в контексте системы международного права. При этом следует принять во внимание, что создание нормы – это процесс, в котором решающая роль принадлежит государствам.

В решениях Международного Суда в деле о *военной и полувоенной деятельности в и против Никарагуа*³¹ и МТБЮ в деле *Тадича*³², в той их части, которая касается вопроса о контроле со стороны государства за действиями лица или группы лиц для целей присвоения этому государству их поведения, речь не идет о конфликте различных норм. Эти решения могут рассматриваться как свидетельства существования или становления международно-правовой нормы, согласно которой действия лица, группы лиц или негосударственных образований присваиваются государству, если оно осуществляет контроль над этими лицами или образованиями при осуществлении этих действий.

Этот вывод подкрепляется положениями статьи 8 проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, подготовленных КМП, и комментарием Комиссии к этой статье, который опирается на эти решения³³. В то же время вывод Международного Суда о том, что для возникновения юридической ответственности государства необходимо, чтобы такой контроль был эффективным, не был поддержан не только МТБЮ, но и КМП. Комиссия не включила критерий уровня контроля в упомянутую статью 8. Отметив, что и с юридической, и с фактической стороны данные дела различаются, КМП указала: «В любом случае вопрос о том, была ли степень контроля государства за тем или иным поведением достаточной для того, чтобы присвоить ему это поведение, должен решаться с учетом обстоятельств каждого конкретного дела»³⁴. Различия в позициях Международного Суда и МТБЮ – это не пример фрагментации международного права,

³¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, P. 62, 64-65, paras. 109,115.

³² ICTY: *Prosecutor v. Tadic*, 38 I.L.M.1518 (1999). P. 1541-1549, paras. 117-162.

³³ Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. Пятьдесят шестая сессия. Дополнение № 10 (A/56/10). С. 96-101. Статья 8 гласит: «Поведение лица или группы лиц рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц фактически действует по указанию либо под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения».

³⁴ Там же, С. 99.

а элементы процесса формирования обычной нормы международного права, сформулированной также позднее КМП в статьях об ответственности государств. При этом текст упомянутой статьи 8 свидетельствует в пользу того, что уровень контроля не является элементом этой нормы. Однако *de lege lata* об этом можно будет определенно говорить только по мере выяснения отношения к нему государств.

Упомянутое выше толкование Европейским Судом по правам человека режима оговорок применительно к Европейской конвенции о правах человека и основных свободах в деле *Белилос* было подтверждено затем в деле *Лоузиду*³⁵. При рассмотрении этих дел Европейский Суд, во-первых, утвердил свое право решать вопрос о действительности оговорок к Европейской конвенции о правах человека, тогда как по общей норме права международных договоров это прерогатива государств – участников соответствующего договора. Во-вторых, Суд в деле *Лоузиду*, так же как и в деле *Белилос*, решил вопрос о «территориальных ограничениях», содержащихся в заявлениях Турции по статьям 25 и 46 Конвенции, по существу: эти ограничения (ограничительные заявления) были признаны недействительными, а Турция – связанной соответствующими положениями Конвенции без предусмотренных ее заявлениями ограничений. При этом по сути, как и в деле *Белилос*, вопрос о действительности заявлений рассматривался Судом как вопрос о действительности оговорок³⁶. Этот вывод явно отличается от режима оговорок, предусмотренного ВКПД³⁷. Сам Суд в целом обосновал свои действия и выводы специальным характером режима, установленного Европейской Конвенцией, и, соответственно, отличиями своей практики как специализированного суда от практики Международного Суда, который является «свободным» международным трибуналом, не имеющим связей с устанавливающим стандарты договором, таким как Европейская Конвенция³⁸. Исследовательская группа КМП в своем докладе, принятом к сведению Комиссией, по сути,

³⁵ ECHR, *Loizidou v. Turkey*, (Preliminary objections), judgement of 23 March 1995, Ser. A no 310. P. 31, para. 94.

³⁶ *Ibid.*, paras. 68 f.

³⁷ Пункт 3 статьи 21 ВКПД гласит: «Если государство, возражающее против оговорки, не возражало против вступления в силу договора между собой и сделавшим оговорку государством, то положения, к которым относится оговорка, не применяются между этими двумя государствами в пределах сферы действия такой оговорки».

³⁸ ECHR, *Loizidou v. Turkey*, (Preliminary objections), judgement of 23 March 1995, Ser. A № 310. P. 26-27, paras. 68, 70, 71, 84, 85.

согласилась с мнением Суда. Она квалифицировала эту ситуацию как конфликт, возникший в силу того, что в данном случае применимо специальное право³⁹.

Хотелось бы отметить в этой связи следующее. Во-первых, этот конфликт разрешается в пользу специального и более позднего, в данном случае – регионального обычно-правового режима оговорок. Во-вторых, этот режим сложился (или складывается) вследствие не только деятельности Европейского Суда по правам человека, но и реакции европейских государств на эту деятельность. Члены Совета Европы не возражают против такой позиции Суда, хотя, например, вопрос об оговорках является на протяжении уже ряда лет предметом постоянной дискуссии в Комитете советников по международному публичному праву Совета Европы (CAHDI). Более того, в конце 90-х годов Комитетом была создана специальная группа экспертов по оговоркам к международным договорам. Дискуссия в группе, а затем и в CAHDI подтвердила, что практика в рамках Совета Европы по вопросам оговорок обладает определенной спецификой⁴⁰. В подготовленной этой группой, одобренной CAHDI и затем принятой Комитетом министров Совета Европы Рекомендации об ответах на недопустимые оговорки к международным договорам отмечается, в частности, что когда ВКПД принималась, не было представления о дальнейшем развитии, в частности, в том, что касается формулирования оговорок общего характера и возрастающей роли контрольных органов, действующих на основе соответствующих договоров⁴¹. Большинство норм общего международного права в области права договоров, сформулированных в ВКПД, носит диспозитивный характер. Они могут быть изменены по соглашению между некоторыми участниками Конвенции. В рамках Совета Европы произошло изменение договорного режима в области оговорок, сформулированного в ВКПД, в результате возникновения регионального обычного специального режима, действующего в отношениях между государствами – членами Совета.

³⁹ Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. Пятьдесят восьмая сессия. Дополнение № 10 (A/58/10), п. 419.

⁴⁰ See: Ad hoc Committee of LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW (CAHDI), GROUP OF EXPERTS ON RESERVATIONS TO INTERNATIONAL TREATIES (DI-E-RIT), MEETING REPORT, DI-E-RIT (99) 6, Strasbourg, 16/08/99; AD HOC COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW (CAHDI), MEETING REPORT, CAHDI (99) 15, Strasbourg, 04/05/99. P. 9-10.

⁴¹ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation № R (99) 13, adopted on 18 May 1999.

Иная ситуация складывается в связи с деятельностью Комитета по правам человека, функционирующего в рамках Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года. Упомянутый выше Общий комментарий № 24 вызвал возражения государств, в частности США, Великобритании и Франции⁴². Как отмечает Дж. А. Фроуейн, это показывает, что на универсальном уровне по-прежнему существует «нежелание государств принимать линию, проводимую сейчас в системе Европейской конвенции о правах человека и основных свободах»⁴³. Э. Ауст, проанализировав итоги дискуссии в 1997 году по докладу КМП в Шестом Комитете Генеральной Ассамблеи, приходит к выводу, что почти все из 47 выступивших представителей государств «подтвердили, что режим Конвенции (ВКПД. – Р.К.) применяется ко всем договорам, и не согласились в различной степени с тем, что органы, наблюдающие за соблюдением договоров, обладают компетенцией для вынесения решений о допустимости или действительности оговорок»⁴⁴. Таким образом, о становлении в рамках Международного пакта о гражданских и политических правах универсальной обычной специальной нормы, аналогичной норме, сложившейся в Европе, и, соответственно, об отходе на универсальном уровне от режима, предусмотренного общим международным правом, по крайней мере пока, говорить рано⁴⁵. Однако нельзя исключать, что мы являемся свидетелями постепенной кристаллизации такой нормы. Думается, все будет зависеть от дальнейшей реакции государств на

⁴² Observations on General Comment 24, 16 Human Rights Law Journal (1995) at 422-426. Анализ реакции этих государств см. в: B. Simma. Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments. In: G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann and K. Zemanek (eds.). Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern – in honor of his 80th birthday, 1998, Kluwer Law Int. P. 674-675; Y. Tuagi. The conflict of law and policy on reservations to human rights treaties. In: 71 British Yearbook of International Law (2000). P. 245-246.

⁴³ Frowien J.A. Reservations and the International ordre public. In: Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, Essays in honor of Krsysztof Skubiszewski. Ed. By J. Makarczyk, Kluwer law int., 1996. P. 408.

⁴⁴ Aust A. Modern Treaty Law and Practice. Cambridge University Press, 2000. P. 124.

⁴⁵ Й. Тьяги, утверждающий, что в результате деятельности Комитета на основе Пакта в отношении оговорок происходит становление режима *lex specialis*, все же признает, что «комментарии Комитета не являются частью твердого права оговорок». (Y. Tuagi. Op. cit. P. 246.) Б. Симма указывает, что *de lege ferenda* правочеловеческие договорные органы ООН нуждаются – и заслуживают этого – в наделении их компетенцией по принятию юридически обязательных решений относительно допустимости и отделимости оговорок к договорам о правах. (B. Simma. Op. cit. P. 680)

деятельность договорных органов в этой области. Что касается Комитета по правам человека, то позицию, сформулированную в Общем комментарии № 24, он подтвердил при рассмотрении дела *Кеннеди*⁴⁶.

О режиме оговорок к договорам (региональным и универсальным) по правам человека иногда говорят как об автономном или самодостаточном режиме⁴⁷. Оставляя в стороне дискуссию о самом понятии «автономный» или «самодостаточный» режим и его праве на существование⁴⁸, отметим, что ни практика Европейского Суда по правам человека, ни практика органов, созданных на основе универсальных договоров в этой сфере, не свидетельствуют об их автономности, самодостаточности или отделении от общего международного права. Упомянутый Общий комментарий № 24 содержит неоднократные ссылки на ВКПД и на отраженное в ней общее международное право, оперирует его положениями и понятиями⁴⁹. Так же опирается на универсальные международно-правовые нормы в упомянутых выше делах *Белилос* и *Лоизиду* Европейский Суд по правам человека⁵⁰. Это справедливо и в отношении других случаев, приводимых в качестве примеров автономных или самодостаточных режимов, в частности ВТО.

Дж. Джексон, анализируя практику органа по рассмотрению споров ВТО, отмечает: «...Апелляционный Орган сделал достаточно ясным, что общее международное право релевантно и применяется в случае ВТО и его договорных приложений, включая ГАТТ. В прошлом

⁴⁶ Сообщение № 845/1999, Кеннеди против Тринидад и Тобаго (решение принято 2 ноября 1999 года, шестьдесят седьмая сессия). Док. ООН A/55/40, т. II, Приложение XI, А, пп. 6.4-6.7.

⁴⁷ Wellens К.С. Op. cit. P. 27.

⁴⁸ See Ibid.; Simma В. Self-contained regimes, 16 NYIL (1985); L.A.N.M. Barnhoorn, Diplomatic Law and Unilateral Remedies, 25 Netherlands Yearbook of International Law (1994). P. 30-81. П-М. Дюпюи, например, называет «доктрину самодостаточных режимов» «вводящей в заблуждение» (P-М. Dupuy. The danger of fragmentation or unification of the international legal system and the International Court of Justice, International Law and Politics, vol. 31:753, 1999. P. 797).

⁴⁹ UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.4, 7 Feb. 2000. P. 118-124.

⁵⁰ For ex., ECHR, *Belilos* judgement, paras. 42, 46; ECHR, *Loizidou vs. Turkey* (Preliminary objections), paras. 67, 90. Ссылки на общее международное право часты в практике ЕСПЧ, см., например: *McElhinney v. Ireland* [GC], № 31253/96, para. 38, ECHR 2001-XI; *Al-Adsani vs. The United Kingdom* [GC], № 35763/97, paras. 54-55, 60-66, ECHR 2001-XI; *Fogarty vs. The United Kingdom* [GC], № 37112/97, paras. 37-38, ECHR 2001-XI; *Streletz, Kessler and Krenz vs. Germany*, nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, paras. 90 f., ECHR 2001-II; *Bankovic and others vs. Belgium and others*, № 52207/99, paras. 55-59, 73.

это было предметом... вопросов, некоторые стороны утверждали, что ВТО – это «отдельный режим», неким образом изолированный от общего международного права. Апелляционный Орган достаточно ясно показал, что это не так, ссылаясь на принципы общего международного права, в частности на те из них, которые отражены в Венской конвенции о праве международных договоров, и которые Апелляционный Орган использует для толкования договоров»⁵¹.

Весьма убедительным является анализ важной роли международного права, и в частности общего международного права, в ВТО, проведенный Дж. Поувелином⁵².

М. Коскенниemi и П. Лейно полагают, что может казаться, что полностью самодостаточные режимы являются меньшей опасностью, чем полуавтономные режимы, которые применяют концепции общего международного права, но делают это специальным образом. В этом, считают они, корень проблемы: «не столько в появлении новых подсистем, сколько в использовании общего права новыми органами, представляющими новые взгляды, которые не идентичны взглядам, представленным в старых органах»⁵³.

Думается, однако, что речь не идет ни об автономности, ни о полуавтономности режимов. На самом деле имеет место естественное для международно-правовой системы появление норм (режимов), специальных по отношению к тем ее нормам (режимам), которые являются диспозитивными. Речь может идти и о формировании норм (режимов), не являющихся специальными, поскольку в соответствующей области нет общих диспозитивных международно-правовых норм, по отношению к которым возникающие нормы были бы специальными. Но в этом случае новые нормы все равно возникают на базе принципов международного права, которым они не могут противоречить. Это важно, в частности, для формирования региональных норм международного права.

⁵¹ Jackson J. *The jurisprudence of GATT and the WTO*, Cambridge Univ. Press, 2000. P. 181. Автор приходит даже к более общему выводу. Международное экономическое право, пишет он, «не может быть отделено от общего международного права или выделено из него. Деятельность и судебные дела в области международного экономического права содержат много практики, касающейся общих принципов международного права, особенно относящихся к договорному праву и практике». Ibid. P. 11.

⁵² Pauwelyn J. *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?* 95 A.J.I.L. 535, 2001.

⁵³ Koskenniemi M. & Leino P. *Fragmentation of international law? Postmodern anxieties*. P. 561.

Приведенный выше пример параллельного существования универсальной (1997 г.) и региональной (1992 г.) Конвенций о несудоходных видах использования международных водотоков не является примером фрагментации международного права. Налицо вполне обычная ситуация сосуществования универсального диспозитивного режима и специального регионального режима, при том, что последний появился раньше первого. Вопрос о том, какая норма подлежит применению в отношениях между двумя государствами – участниками обоих этих договоров, в данном случае должен решаться прежде всего с учетом п. 1 ст. 3 Конвенции 1997 года. В нем указывается: «В отсутствие соглашения об ином ничто в настоящей Конвенции не затрагивает права и обязательства государства водотока, вытекающие из действующих соглашений, участниками которых оно является на дату присоединения к настоящей Конвенции». Таким образом, приоритет отдается специальным нормам, действующим для соответствующих государств на момент их присоединения к Конвенции 1997 года, несмотря на то, что она принята позже этих норм⁵⁴.

В ситуациях, аналогичных приведенной, региональное соглашение является отправной точкой для формирования универсальных норм. И наоборот. Универсальные договоры, подобные Конвенции 1997 года, становятся базисными, рамочными для последующих региональных соглашений⁵⁵.

Сложнее обстоит дело, когда попытки согласовать универсальные нормы по универсально важным вопросам не приносят успеха *inter alia* из-за различия в позициях государств различных регионов, и государства начинают заключать различающиеся между собой региональные соглашения в данной области. Такая ситуация складывается, например, в сфере борьбы с терроризмом.

Попытки выработать универсальное определение терроризма для целей т.н. Всеобъемлющей конвенции по борьбе с терроризмом, что

⁵⁴ Пункт 2 статьи 3 Конвенции приглашает государства согласовывать специальные соглашения с ее основными принципами: «Независимо от положений пункта 1 участники соглашений, упомянутых в пункте 1, могут при необходимости рассматривать возможность согласования таких соглашений с основными принципами настоящей Конвенции».

⁵⁵ В пункте 3 статьи 3 Конвенции указывается: «Государства водотока могут заключить одно или несколько соглашений, именуемых ниже соглашениями о водотоке, о применении и приспособлении положений настоящей Конвенции к характеристикам и видам использования данного водотока или его части».

позволило бы завершить работу над проектом этой Конвенции в ООН, пока безуспешны. В этой ситуации заключен ряд региональных соглашений с различными определениями терроризма. В рамках Лиги арабских государств в 1998 году заключена Конвенция о борьбе с терроризмом⁵⁶. В 1999 году заключены Договор о сотрудничестве между государствами – членами СНГ в борьбе с терроризмом, Конвенция Организации исламская конференция о борьбе с международным терроризмом и Конвенция Организации африканского единства о предотвращении и борьбе с терроризмом⁵⁷. Все они содержали разные определения этого преступления. В заключенной в 2002 году Межамериканской конвенции против терроризма⁵⁸ такого определения нет. Лишь в Европе идея заключения аналогичного регионального договора пока не получила развития⁵⁹. Такое региональное разнообразие в подходах к определению терроризма мешает достижению согласия на универсальном уровне. Это реальность, которая, безусловно, существенно влияет на нормотворчество на универсальном уровне во многих областях. Как отмечает Дж. Кроуфорд, «разнообразие государств и тенденция к регионализации... создают серьезные проблемы для международного права и даже могут поставить под вопрос его претензии на универсальность»⁶⁰.

В то же время не менее очевидно, что более оперативное формирование международно-правовых норм в регионах играет и важную положительную роль для создания универсальных норм. Выше отмечалось, что региональные нормы становятся моделью или базой для универсальных норм. Так происходит во многих случаях. Появление региональных норм по крайней мере стимулирует универсальный переговорный процесс. Для того чтобы регионализм играл такую роль, необходимо, чтобы сама проблема непременно требовала не только

⁵⁶ International instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism. New York, 2001. P. 152.

⁵⁷ Ibid. P. 174, 187, 220.

⁵⁸ Ibid. P. 210.

⁵⁹ Европейская конвенция о борьбе с терроризмом 1977 года посвящена главным образом вопросам выдачи (ETS № 90). Однако ряд государств – членов Совета Европы, в котором обсуждается вопрос о новом «всеобъемлющем» региональном договоре, считают, что его заключение было бы контрпродуктивным с точки зрения усилий в рамках ООН.

⁶⁰ Crawford J. Universalism and regionalism from the perspective of the work of the International law commission. In: International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission, UN, New York, 1997. P. 102.

регионального, но и универсального ответа. Терроризм – пример именно такой проблемы⁶¹. Не случайно ею занимаются не только в ООН, но и практически во всех регионах мира. Важно, что региональные конвенции опираются, во-первых, на основные принципы международного права, а во-вторых, на действующие универсальные т.н. секторальные антитеррористические конвенции. Соответственно, несмотря на региональное разнообразие и отсутствие в данный момент прогресса на переговорах в ООН, заключение универсальной всеобъемлющей конвенции – вопрос времени. Можно предположить, что в конце концов региональная активность окажется позитивным фактором для формирования универсального режима. Тот же Дж. Кроуфорд, анализируя отношения между универсализмом и регионализмом, пишет: «Идеал универсальности может быть достигнут только на основе определенного допущения расхождений в частности»⁶².

Изложенное позволяет сделать следующие выводы.

Угроза фрагментации международного права (если под фрагментацией понимается распад международно-правовой системы на отдельные не связанные между собой части) вряд ли реальна. Для фрагментации нет объективных предпосылок. Наоборот. Несмотря на индивидуальное, групповое, региональное разнообразие государств, глобализация диктует необходимость выработки универсальных норм для регулирования все новых и новых вопросов, а прекращение противостояния двух мировых систем создает для формирования таких норм благоприятную среду.

Международное право является всеобъемлющей системой в том смысле, что по крайней мере на уровне ее самых общих, основных принципов она охватывает все отношения, являющиеся предметом международно-правового регулирования. Формирование новых норм, заполняющих конкретные пробелы, происходит на базе принципов международного права, в рамках его системы⁶³. Эта система постоян-

⁶¹ Свидетельство этому – резолюции Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности ООН, посвященные терроризму (например, резолюции Генеральной Ассамблеи 49/60 от 9 декабря 1994 года; 51/210 от 17 декабря 1996 года; 52/165 от 15 декабря 1997 года; 53/108 от 8 декабря 1998 года; 54/110 от 9 декабря 1999 года; 55/158 от 12 декабря 2000 года; 56/1 от 12 сентября 2001 года; 57/27 от 19 ноября 2002 года; 58/81 от 9 декабря 2004 года; резолюции Совета Безопасности 1368 (2001); 1373 (2001); 1377 (2001) и др.

⁶² Crawford J. Op. cit. P. 119.

⁶³ Дж. Поувелин пишет, что государства могут заключать соглашения, отступающие от одной или, в теории, от всех норм общего международного права (за исключением норм *jus cogens*),

но развивается вместе с отношениями, которые она регулирует. Наряду с заполнением конкретных пробелов происходит изменение действующих норм. Нередко такие изменения начинаются с возникновение отличающихся от действующей нормы специальных универсальных или региональных норм. Это возможно, когда действующая норма имеет диспозитивный характер.

Система международного права позволяет решать конфликты, возникающие в связи с формированием новых международно-правовых норм, между старыми и новыми нормами. Один из способов решения таких конфликтов – применение общих для всех правовых систем правил юридической техники, таких, в частности, как превалирование нормы специальной над нормой общей, последующей – над предыдущей.

Решающее слово в этих процессах принадлежит государствам. Сама по себе деятельность международных органов по урегулированию споров или иных договорных органов, толкующих и применяющих нормы международного права, при всей ее значимости не приводит к созданию новых международно-правовых норм или изменению действующих. Важна реакция государств на эту деятельность, их дальнейшая практика. Различные решения международных судов в схожих ситуациях могут являться знаком того, что конкретная норма международного права, регулирующая такие ситуации, еще только формируется. Каково будет ее содержание, зависит прежде всего от позиции государств на сей счет.

В то же время гипотетический характер угрозы фрагментации не означает, что государствам не следует уделять этому вопросу внимание. Для государств важно отслеживать деятельность международных органов, применяющих и толкующих международное право, в частности, с точки зрения их деятельности в контексте системы международного права, реагировать в соответствующих случаях на нее. Государствам следует побуждать эти органы к ознакомлению с деятельностью друг друга, внимательному отношению к ней. Нельзя исключать создания в соответствующих случаях механизмов, обеспечивающих гармонизацию деятельности таких органов. (Например, Совет Безопасности ООН считал необходимым, чтобы у Трибуналов по Руанде и бывшей Югославии была единая апелляционная палата.)

но они не могут заключать соглашения вне рамок системы международного права. Государства автоматически и в обязательном порядке заключают соглашения в рамках системы международного права. Pauwelyn J. Op. cit. P. 539. По-видимому, это утверждение верно и для формирования обычных международно-правовых норм.

Полезным может быть включение в международные договоры положений, ясно указывающих на их соотношение с другими международно-правовыми нормами в регулируемой ими области.

Важно, что изучение данной темы поручено Комиссии международного права, которая может предложить вниманию государств рекомендации по обеспечению дальнейшего гармоничного развития международного права. Однако в конечном счете именно государства несут основную ответственность за сохранение целостности системы международного права и использование тех благоприятных условий, которые сложились на рубеже XX-XXI веков, для ее дальнейшего развития.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Вооруженные конфликты и право на самооборону

*Хлестов О.Н.**

*Медведева Д.О.***

Вопрос об обороне, самообороне всегда находился в поле зрения государств, поскольку война, использование вооруженной силы на международной арене были постоянными спутниками человечества. Самооборона была составной частью концепции законных и незаконных войн, использовалась для защиты государствами их прав и интересов и именовалась порой «самопомощью» во всех ее разновидностях.

Вопрос о самообороне сейчас вновь стал предметом острых дискуссий, особенно в последнее время. Это связано с усиливающейся тенденцией более широкого использования вооруженной силы в международных отношениях. Некоторые государственные деятели, представители научных и общественных кругов все чаще выступают за расширение права на самооборону, предусмотренное ст. 51 Устава ООН, за превентивную самооборону, за применение вооруженной силы для защиты государством его граждан, находящихся за рубежом, за так называемую гуманитарную интервенцию. Эти вопросы рассматривались и в Международной Комиссии по проблеме интервенции и суверенитета, представившей свой доклад в декабре 2001 года¹, и в Группе высокого уровня по угрозам, вызовам и переменам, создан-

* Хлестов Олег Николаевич – Чрезвычайный и Полномочный Посол, профессор, Вице-Президент Российской ассоциации международного права.

** Медведева Дарья Олеговна – член Исполкома Российской ассоциации международного права.

¹ The Responsibility to Protect... Report of the International commission on intervention and state sovereignty, December, 2001.

ной Генеральным Секретарем ООН Кофи А. Аннаном и представившей ему свой доклад 1 декабря 2004 года².

Право на самооборону – часть проблемы использования вооруженной силы в международных отношениях. На протяжении всей истории война была законным средством осуществления внешней политики и разрешения международных споров и противоречий. Поэтому история человечества – это история войн. Они велись для создания колониальных империй, раздела и передела мира. Нормы международного права об ограничении права на войну и ее запрещении начали формироваться лишь в XX веке. В 1907 г., на II Гаагской конференции мира необъявленная война была признана незаконной. Устав Лиги Наций, принятый в 1918 г., ограничил право прибегать к войне. Парижский договор 1928 г., известный как Пакт Бриана-Келлога, провозгласил отказ от войны как средства национальной политики. Устав ООН, запретив прибегать к угрозе силой и ее применению, окончательно поставил войну вне закона. Таким образом, современное международное право и основанный на нем мировой правопорядок запрещают использовать войну. И это – величайшее достижение человечества, к которому оно пришло лишь в середине XX века. Ныне государство имеет право использовать вооруженную силу лишь для самообороны (ст. 51 Устава ООН) или по решению Совета Безопасности ООН.

Создание норм международного права об использовании вооруженной силы проходило в рамках ООН, которая играет важную роль в этой сфере международных отношений. Решающая роль Совета Безопасности ООН в поддержании мира и обеспечении безопасности государств – вот краеугольный камень системы коллективной безопасности, созданной после Второй мировой войны.

Главная цель, ради которой создавалась Организация Объединенных Наций, – это «избавить грядущие поколения от бедствий войны, дважды в нашей жизни принесшей человечеству невыразимое горе»³. Третьей мировой войны удалось избежать. Но в период после Второй мировой войны возникало около 90 вооруженных конфликтов, правда,

² Документ Генеральной Ассамблеи ООН A/59/565, 59 сессия. Записка Генерального Секретаря ООН и письмо Председателя Группы на имя Генерального Секретаря ООН.

³ Устав ООН, Преамбула. Во Второй мировой войне участвовало свыше 40 государств, что составляло 80% населения планеты. Погибло 45 миллионов человек. Сейчас, в связи с 60-летием окончания Второй мировой войны, вновь и вновь подводятся ее страшные итоги.

подавляющее их большинство – это внутренние вооруженные конфликты, во время которых действуют иные международно-правовые нормы, чем во время международных вооруженных конфликтов.

Отношения между государствами на международной арене всегда определялись соотношением военно-экономического потенциала, балансом сил. Потенциал отдельных государств дополнялся союзом государств. Так, перед началом Первой мировой войны были созданы союз Великобритании, Франции и России – Антанта – и союз Германии, Австро-Венгрии и Италии – Тройственный Союз. Практически то же самое произошло и после Второй мировой войны: НАТО и Организация Варшавского Договора. Но и сейчас, когда государства могут использовать вооруженную силу только для самообороны, баланс сил имеет важное значение в отношениях между державами. Но в современных условиях неправомерное использование вооруженной силы мощными государствами вызывает возражения, осуждение со стороны других стран, мировой общественности, опирающейся на международное право. Поэтому государства, совершая военные акции, обычно стремятся оправдать их ссылками на международное право, произвольно толкуя, а порой и искажая его нормы, в том числе и о праве на самооборону.

В настоящее время США являются самой мощной державой. Их военные расходы составляют 417 млрд. долларов, что в 2 раза превышает аналогичные расходы всех европейских стран и в 20 раз – военные расходы Китая (20 млрд. долларов). США заслуживают самого большого уважения, когда они выступают в поддержку стабильности в мире и против терроризма. Многие страны, в том числе и Россия, сотрудничают с ними в этих областях. Но администрация США ведет линию на создание однополярного мира, навязывая свои условия другим государствам, в том числе и с использованием вооруженной силы или угрозы ее применения. Из 30 с лишним межгосударственных вооруженных конфликтов, возникших после Второй мировой войны, США участвовали более чем в 10, являясь при этом инициатором начала военных действий. Последние случаи: военные действия против Ливии в 1986 г., Панамы – в 1989 г., Югославии (вместе с НАТО) – в 1999 г., Ирака – в 2003 г.⁴ Линия США на создание однополярного

⁴ Вооруженное нападение США на Ливию и Панаму было осуждено Генассамблеей ООН, Движением неприсоединения и Организацией африканского единства как грубейшее нарушение международного права.

мира подвергается критике со стороны многих держав, примером чего является выступление президента Франции Ж. Ширака 18 ноября 2004 года во время его визита в Великобританию. Да и в самих Соединенных Штатах все чаще раздаются острые критические замечания в адрес администрации, например статья М. Олбрайт, бывшего Государственного Секретаря США, опубликованная под названием «Сотрудничать, бомбить или угрожать?»⁵. И чем быстрее руководители США осознают необходимость соблюдения мирового правопорядка, международного права, тем стабильнее станет мир, да и сами американцы будут нести меньше потерь.

Одно из направлений политики США – это стремление пересмотреть принцип неприменения силы в международных отношениях, расширить возможность использовать вооруженную силу под флагом самообороны и защиты прав человека. Поэтому анализ этих проблем и существующих в них тенденций представляет не только академический, но и практический интерес. В этой связи в первую очередь следует рассмотреть вопросы, связанные с самообороной.

· Право на самооборону

Устав ООН провозгласил, что запрещение применения вооруженной силы «не затрагивает... права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации, до тех пор, пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности». О мерах, принятых государством при осуществлении права на самооборону, оно должно немедленно сообщить Совету Безопасности ООН, который наделен правом принимать решения в связи с возникшей ситуацией⁶.

Все исследователи создания норм о праве на самооборону и его использовании отмечали, что применение вооруженной силы государством на основании этого права должно носить ограниченный характер – преследовать цель отражения вооруженного нападения, быть пропорциональным и не выходить за рамки необходимости.

Анализируя право на самооборону, важно проследить, как оно понималось до создания Устава ООН, как оно интерпретировалось и применялось в послевоенный период.

⁵ Опубликована в журнале «Россия в глобальной политике», 2003, октябрь – декабрь №4, том 1.

⁶ Ст. 51 Устава ООН.

Если обратиться к периоду до Устава ООН, то можно отметить, что в XIX веке в международном праве и практике государств сложилось понятие «самопомощь», «самозащита». Суть данного понятия: в случае нарушения прав и интересов государства последнее имеет право использовать для их защиты любые средства, в том числе и вооруженную силу. Таким образом, «самопомощь» давала государству право применять вооруженную силу не только в случае вооруженного нападения на него, но и при любом нарушении его прав и интересов, отражая тем самым существовавшее в то время в международном праве положение, согласно которому война являлась законным средством разрешения международных споров. Право на «самозащиту» существовало и в период Лиги Наций, так как ее Статут лишь ограничивал применение войны, но не запрещал ее.

Устав ООН запретил применение вооруженной силы или угрозу ее применения и признал за государствами право на ее использование лишь в случае вооруженного нападения. Таким образом, концепция «самопомощи» во всех ее разновидностях ушла в прошлое и уступила место новой норме международного права, носящей характер *jus cogens*⁷. Поэтому все рассуждения о том, что существовавшие ранее нормы международного права о применении вооруженной силы остаются действующими как нормы обычного международного права, наряду с Уставом ООН, юридически несостоятельны и ведут к подрыву основ современного международного права, принципиально отличающегося от того, которое действовало до создания ООН. Все нормы международного права, в том числе и обычного, являются ничтожными, если они противоречат императивной норме международного права, имеющей характер *jus cogens*. Это вытекает из ст. 103 Устава ООН и ст. 53 Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров. И хотя в Уставе ООН говорится о расхождении между Уставом и договорами, это положение распространяется и на неконвенционные, обычные нормы международного права, поскольку почти все нормы международного права, включая обычные, в результате кодификации и прогрессивного развития международного права, имевших место во второй половине XX века, ныне изложены в действующих универсальных и региональных договорах (а их свыше 500), таких, например, как

⁷ Соотношение между «самопомощью» и самообороной подробно рассматривается в ряде работ, в частности в работе Э.И. Скакунова «Самооборона в международном праве». М., 1973.

конвенции по морскому, космическому, посольскому праву, или сформулированы в ряде международных актов, например в Декларации ООН 1970 г. о принципах международного права. Мировой правопорядок, основанный на современном международном праве, не может выполнять свои функции – регулировать отношения между субъектами международного права, – если в нем будут действовать нормы обычного права, противоречащие основополагающим принципам современного международного права.

Из норм международного права о «самопомощи», существовавших до Устава ООН, в современном международном праве сохранилось право государства на применение для защиты своих прав и интересов репрессалий, которые включают использование политических, экономических и иных мер, но не вооруженную силу, что прямо указано в Декларации ООН о принципах международного права, принятой 24 октября 1970 года⁸.

Интерпретация права на самооборону

В послевоенный период право на самооборону, предусмотренное ст. 51 Устава ООН, получило дальнейшее развитие. Как же трансформировалось право на самооборону в период после принятия Устава ООН? Можно выделить два направления его развития:

1. Коллективная интерпретация права на самооборону мировым сообществом.
2. Односторонняя интерпретация государствами права на самооборону.

1. Коллективная интерпретация права на самооборону мировым сообществом проходила путем разработки и принятия международных актов на основе объективных процессов, происходивших в мире, и под их воздействием. В результате путем коллективных действий государств и с их согласия создавались новые международно-правовые элементы права на самооборону, то есть нормы права. Так, например, в 1974 г. Генассамблея ООН приняла Определение агрессии, из которого вытекает, что у государства возникает право на самооборону не только в случае вооруженного нападения на него, как указано в ст. 51 Устава ООН, но и в случае совершения против него акта агрессии.

⁸ В Декларации сказано: «Государства обязаны воздерживаться от актов репрессалий, связанных с применением силы» // Действующее международное право. М., 2002, том 1. С. 38.

К таким актам отнесены действия, которые вряд ли можно рассматривать как непосредственное вооруженное нападение: в п. "f" ст. 3 указывается, что актом агрессии являются «действия государства, позволяющего, чтобы его территория, которую оно предоставило в распоряжение другого государства, использовалась этим другим государством для совершения акта агрессии против третьего государства»⁹. При этом было сделано важное уточнение о том, что вооруженное нападение, в результате которого возникает право на самооборону, должно быть направлено против суверенитета, территориальной неприкосновенности или политической независимости государства (ст. 1 Определения).

Признание того, что право на самооборону возникает не только в случае вооруженного нападения, но и в случае агрессии, отражено в ряде международных документов. Например, в ст. 2 Договора о коллективной безопасности от 15 мая 1992 года, участниками которого являются Россия и ряд других стран СНГ, сказано, что в случае агрессии против одного из участников Договора остальные окажут ему помощь, «осуществляя право на самооборону» в соответствии со ст. 51 Устава ООН¹⁰. Аналогичное положение содержится в ст. 5 Североатлантического договора 1949 г. о создании НАТО. Да и в законодательстве ряда стран, например России, сказано, что она применит военную силу для отражения агрессии, то есть использование права на самооборону увязано с актом агрессии. Безусловно, окончательное решение о том, была ли совершена агрессия, принимает Совет Безопасности ООН, но очевидно, что государства для осуществления обязательств, содержащихся в указанных выше документах, сами должны принимать решения о том, был ли совершен против них акт агрессии.

Понятие права на самооборону было расширено международным сообществом также в связи с необходимостью усиления борьбы с терроризмом. Террористическое нападение 11 сентября 2001 года США расценили как вооруженное нападение, заявив, что у них возникло право на самооборону¹¹. Совет Безопасности ООН признал за США это право (решение от 12 сентября 2001 года и последующие решения). Задача состоит в том, чтобы разработать критерии, определяю-

⁹ Действующее международное право. М., 2002, том 1. С. 597.

¹⁰ Действующее международное право. М., 2002, том 1. С. 572.

¹¹ Резолюция Конгресса США от 14.09.2001 г. об использовании вооруженных сил США в связи с указанным террористическим нападением на основе права на самооборону.

шие, при каком террористическом нападении на государство возникает право на самооборону (масштаб, характер нападения и т.п.) и какие ответные меры правомерно осуществлять (против какого государства, в каком объеме и другие вопросы). А это – задача Совета Безопасности ООН, всей Организации в целом.

Расширение понятия права на самооборону, осуществляемое коллективными действиями мирового сообщества, – явление полезное и правомерное, подтверждающее, что Устав ООН совершенствуется, учитывая происходящие в мире изменения, и отвечает реалиям сегодняшнего дня.

2. Односторонняя интерпретация государствами права на самооборону. Послевоенный опыт показал, что США и ряд других стран идут по пути интерпретации права на самооборону, далеко выходящей за рамки ст. 51 Устава ООН. Если обобщить заявления государственных деятелей США, их официальные акты, стратегическую концепцию НАТО, а главное – практику этих стран, то можно выделить три направления, по которым идет обоснование расширения права государства на одностороннее применение вооруженной силы.

• **Превентивная самооборона**, то есть использование права на самооборону не после того, как произошло вооруженное нападение, а когда, по мнению государства, для него возникает угроза со стороны другой державы. Вопрос о применении вооруженной силы в целях самообороны, когда еще не произошло вооруженное нападение (упреждающая самооборона), не нов в международной практике. После известных событий 1837 г. с судном «Каролина» сложилось понимание, что упреждающая самооборона должна быть максимально ограничена: применяться, когда нападение неминуемо, учитывать масштабы нападения, быть соразмерной угрозе...¹² Но интерпретация самообороны Соединенными Штатами сейчас далеко выходит за рамки того, что было сформулировано в 1837 г. Государственным Секретарем США Д. Узбстером. Так, в Стратегии национальной безопасности США, принятой в сентябре 2002 г., указывается, что США, исходя из права на самооборону, будут «принимать меры в отношении зреющих угроз еще до того, как они окончательно сформируются»¹³. Примером такой

¹² Подробнее об этом см. статью Б.Р. Тузмухамедова «Насколько эластично международное право в условиях глобальной войны с терроризмом» // Независимая газета, 29 сентября 2004 г.

¹³ National Security Strategy of the United States of America // <http://www.whitehouse.gov/nsc>

интерпретации права на самооборону явилось нападение США и Великобритании на Ирак в марте 2003 г. со ссылкой на то, что создание Ираком ядерного оружия или планы его создания создают угрозу для безопасности этих стран¹⁴. При этом такие аспекты самообороны, как пропорциональность ответных действий, допустимость применения вооруженной силы лишь для защиты от нападения, не учитывались.

Позднее, когда руководители США и Великобритании признали, что в Ираке нет производства оружия массового уничтожения, на первый план стал выдвигаться тезис о защите прав иракского народа, освобождения его от диктаторского режима. Но попытки применить вооруженную силу против суверенного государства в связи с его внутренними событиями неправомерны как по современному международному праву, так и по нормам, действовавшим до принятия Устава ООН. Как известно, в Конвенции 1933 г. об определении агрессии указывалось, что никакой акт нападения не может быть оправдан ссылками на внутреннее положение в другой стране, например на ее политический, экономический или социальный строй, происходящие в ней революции и контрреволюции¹⁵. Следует также добавить, что попытки навязывать другой державе, даже без использования вооруженной силы, иные формы общественного, политического устройства – это незаконное вмешательство во внутренние дела другого государства. В Декларации принципов международного права, принятой в ООН в 1970 г., прямо указывается: «Каждое государство имеет неотъемлемое право выбирать свою политическую, экономическую, социальную и культурную систему без вмешательства в какой-либо форме со стороны какого бы то ни было другого государства»¹⁶.

• Защита граждан, находящихся за пределами своего государства

Позиция США и ряда других западных стран: нападения на их граждан, находящихся за рубежом, (не единичные, а масштабные) дают им право применять вооруженную силу для защиты этих граждан, исходя из права на самооборону¹⁷.

¹⁴ В связи с этим нельзя не отметить, что в настоящее время свыше 30-ти государств обладают способностью производить ядерное оружие, а Пакистан уже его производит, хотя США имели с ним самые тесные отношения и могли предотвратить производство там ядерного оружия.

¹⁵ Международное право в документах. Сборник важнейших международно-правовых актов. М., 1969. С. 378.

¹⁶ Действующее международное право. М., 2002, том 1. С. 40.

Нельзя не отметить, что этот вопрос возникает и перед Россией. В Военной доктрине РФ 1993 г. также предусматривалась возможность использования вооруженной силы против другого государства на основании права на самооборону, предусмотренного ст. 51 Устава ООН, «если произойдет вооруженное нападение на РФ, ее граждан (курсив наш. – О.Х., Д.М.), территорию, вооруженные силы» и т.д. В Военной доктрине России, принятой позднее, 21 апреля 2000 года, о гражданах не упоминается. Но на российских граждан, находящихся за рубежом, – а их там становится все больше – также совершаются нападения. К тому же около 90% жителей Южной Осетии и 60% жителей Абхазии – граждане Российской Федерации. Поскольку имеются различные точки зрения по этой проблеме и она активно обсуждается в международных кругах, Россия поставлена перед необходимостью определить свою позицию по этому вопросу.

• Рассматривая линию США и поддерживающих их стран на расширение применения вооруженной силы в международных отношениях, нельзя не остановиться на так называемой «гуманитарной интервенции», под которой понимается применение вооруженной силы одним государством или группой государств против другой державы для защиты прав человека (граждан этой державы) без разрешения Совета Безопасности ООН. Типичный пример такой интервенции – военные действия стран НАТО против Югославии в 1999 г. Подобное использование вооруженной силы не подпадает под право на самооборону, предусмотренное ст. 51 Устава ООН. В оправдание гуманитарной интервенции обычно ссылаются на защиту прав человека. Хотя правовое положение граждан регламентируется в основном внутренним правом, ныне это не внутренний вопрос, а международная проблема. Государства – участники международных договоров о правах человека имеют право добиваться от других государств соблюдения ими международных обязательств, вытекающих из этих договоров. Но в этих целях правомерно использовать политические, экономические и иные средства, не связанные с применением вооруженной силы, которое прямо запрещено международным правом, о чем, в частности, говорится в упомянутой выше Декларации о принципах международ-

¹⁷ Этот вопрос подробно рассматривается Н. Крыловым в его статье «Защита сограждан, находящихся в опасности за рубежом» / *Международная жизнь*. 1995. № 1. В этой статье автор показывает, что государства в этом случае ссылаются на право на самооборону.

ного права, принятой в ООН в 1970 г. Так называемая «гуманитарная интервенция» – грубейшее нарушение международного права. Защита прав человека в другой стране в таких случаях, как геноцид или уничтожение мирного населения во время внутренних вооруженных конфликтов, когда правительство или противоборствующие стороны не обеспечивают его безопасность, должна осуществляться через Совет Безопасности ООН. Именно по этому пути и идет развитие международного сотрудничества, примерами чего являются решения Совета Безопасности ООН в связи с грубейшими нарушениями прав человека в Судане (Дорфур) от 18 сентября 2004 года¹⁸ № 1564, на Гаити – от 30 апреля 2004 года № 1542 и в Кот-д’Ивуар от 15 октября 2004 года № 1572.

Россия и право на самооборону

СССР придерживался узкой интерпретации права на самооборону, считая, что оно возникает, когда произошло вооруженное нападение. На таком понимании основывались его договоры о взаимной военной помощи, заключенные с Болгарией, Венгрией, ГДР, Польшей и другими странами, а также Определение агрессии, принятое в ООН в 1974 г. Из этого постулата исходила и советская доктрина международного права¹⁹.

Что касается позиции России, то в ее Концепции национальной безопасности 2000 г. и в Военной доктрине 2000 г. указывается, что Россия считает возможным применение военной силы для отражения агрессии, как она определена в международном праве, против государства, совершившего вооруженное нападение²⁰. В законодательстве и других нормативных актах РФ превентивная самооборона не предусматривается²¹. К тому же в Военной доктрине подчеркивается, что

¹⁸ Под давлением Совета Безопасности ООН положение в Судане изменилось к лучшему. В начале января 2005 г. между правительством Судана и повстанцами было подписано соглашение о прекращении военных действий, в ходе которых происходило массовое уничтожение мирного населения в районе Дорфур.

¹⁹ Ввод советских войск в Венгрию в 1956 г., в Чехословакию в 1968 г. и в Афганистан в 1979 г. в правовом плане оправдывался ссылками на законную интервенцию – по просьбе или с согласия правительств этих стран, с чем западные страны не соглашались, рассматривая эти акции как незаконную вооруженную интервенцию.

²⁰ Пункты 1 и 2 II раздела Военной доктрины 2000 г., именуемого «Военно-стратегические основы» // *Российская газета*, 25 октября 2000 г.

²¹ Среди них: Закон 1992 г. с изменениями от июля и декабря 2002 г., Основные положения военной доктрины 1993 г. и Военная доктрина РФ 2000 г., Концепция национальной безопасности РФ 1997 и 2000 гг., Концепция внешней политики РФ 1993 и

Россия при обеспечении военной безопасности исходит из основополагающих принципов и норм международного права, а следовательно, из ст. 51 Устава ООН, как она сформулирована и интерпретируется Советом Безопасности ООН.

Теперь несколько слов о статье С.Д. Гольцова и Ю.Н. Малеева «Применение вооруженной силы государствами как мера превентивной самозащиты *ad hoc* от внешней угрозы», опубликованной в № 3/2004 МЖМП. Положительным является то, что авторы решили исследовать ультра-актуальную проблему – превентивную самооборону. Однако с рядом утверждений и оценок, содержащихся в статье, трудно согласиться. Среди них:

1. Авторы статьи утверждают, что ряд положений Военной доктрины РФ 2000 г. «ориентированы на возможность осуществления Вооруженными Силами РФ превентивных военных акций на территории иностранных государств». И далее: «Военные доктрины США и России предусматривают возможность совершения соответствующих превентивных военных действий». В подтверждение своей точки зрения авторы ссылаются на содержащийся в Доктрине перечень основных внешних угроз для Российской Федерации, таких как территориальные притязания к ней, попытки игнорировать интересы РФ в решении проблем международной безопасности, расширение военных блоков в ущерб безопасности России и других угроз, указанных в п. 5 Доктрины. Однако, как уже было отмечено выше, в Доктрине записано, что Россия прибегнет к вооруженной силе в случае агрессии, вооруженного нападения на нее, а не превентивно, при возникновении указанных угроз. Поэтому утверждение авторов, что Военная доктрина РФ признает превентивную самооборону, необоснованно.

2. С.Д. Гольцов и Ю.Н. Малеев выступают за применение государствами вооруженной силы превентивно против внешних угроз, именуя это «самозащитой». При этом решение Международного Суда ООН, подтвердившего в деле «Никарагуа против США» узкое понимание ст. 51 Устава ООН, они называют «вчерашним днем истории». Но реализация такого предложения, по сути дела, перечеркнула бы запрещение войны. Разве признание за государством права применять вооруженную силу превентивно в одностороннем порядке, без санкции Совета Безопасности ООН отвечает национальным интересам России

2000 г., Доктрина информационной безопасности 2000 г., Актуальные задачи развития Вооруженных Сил РФ 2003 г.

и подавляющего большинства членов мирового сообщества? Такое применение было бы на руку лишь США, стремящимся применять вооруженную силу для создания однополярного мира, то есть господства одной державы, а не суверенного равенства всех государств, ослабляло бы роль ООН и ее Совета Безопасности. Позиция России совершенно иная. Наша страна выступает за сохранение основных принципов международного права, повышение роли ООН. Последние события, в том числе и в Ираке, показывают, что и США вынуждены обращаться в ООН. Есть все основания полагать, что США не смогут повернуть историю вспять, вернуть человечество к праву силы, отвлечь его от верховенства права, к которому призывает Декларация Тысячелетия, принятая в ООН 8 сентября 2000 года. К тому же, если бы Россия применила вооруженную силу превентивно, то есть первой, в связи с угрозами, указанными в Военной доктрине, например расширением НАТО, это было бы расценено как акт агрессии со всеми негативными последствиями для России²².

3. Что касается концепции «самопомощи», за возвращение к которой ратуют С.Д. Гольцов и Ю.Н. Малеев, включив этот термин в заголовок своей статьи, то даже администрация США ее не выдвигает, ограничиваясь попытками узаконить лишь право на превентивную самооборону при самом широком его толковании.

4. В обоснование своего подхода к превентивной самообороне С.Д. Гольцов и Ю.Н. Малеев приводят ряд случаев применения вооруженной силы против террористов: Израиль в Ливане, Тунисе и Палестине; США против Ирака, Ливии и др. Вопрос о применении вооруженной силы для борьбы с терроризмом не идентичен вопросу о превентивной самообороне вообще. Использование вооруженной силы является одним из основных элементов в борьбе с таким злом, как терроризм²³. В последнее время после ряда террористических нападений (в Мадриде и особенно в Беслане) все чаще раздаются голоса в пользу превентивных ударов по базам террористов и местам их временных стоянок в различных странах. В практическом плане нанесение таких ударов для уменьшения угрозы террористических актов оп-

²² Противником концепции превентивной самообороны является, в частности, и Постоянный представитель Российской Федерации при Отделении ООН в Женеве и при Конференции по разоружению Л.А. Скотников. Свою позицию по этому вопросу он изложил в статье «Право на самооборону и иные императивы безопасности», опубликованную в журнале «Международная жизнь» (№ 9, сентябрь 2004 г.).

²³ Один из авторов настоящей статьи – О.Н. Хлестов – в своем докладе на междуна-

равданно. Но возникает вопрос: как в этом случае должны решаться политические и международно-правовые аспекты таких действий? Право на самооборону, предусмотренное ст. 51 Устава ООН, в том числе и после ее интерпретации Советом Безопасности ООН в связи с террористическим актом 11 сентября 2001 года, возникает в случае, когда нападение (вооруженное или террористическое) совершено. США начали военные действия против Афганистана значительно позднее, чем был совершен террористический акт. И это было осуществление права на самооборону, а не превентивная самооборона. Поэтому удары по базам террористов с политической и международно-правовой точек зрения должны рассматриваться не как превентивная самооборона, а как мера против террористов, уже совершивших террористические акты против России, в связи с чем у нее уже возникло право на самооборону. Тем более что Президент России В.В. Путин заявил, что терроризм объявил России войну. Конечно, это политическое заявление, нуждающееся в правовом оформлении (что может быть сделано при разработке законов РФ о безопасности и о борьбе с терроризмом). Необходимо также учесть уже приобретенный мировым сообществом опыт. США начали военные действия против Афганистана после того, как Совет Безопасности ООН принял несколько резолюций, осуждавших Афганистан, находившийся под контролем талибов, как источник терроризма, создающий угрозу миру и безопасности (резолюции 1267 от 15.10.1999, 1333 от 19.12.2000). Видимо, было бы целесообразно использовать этот путь – коллективные действия в рамках Совета Безопасности ООН (рассмотрение в Совете Безопасности вопроса о тех странах, на территории которых находятся базы террористов, и выдвижение к ним требования о ликвидации таких баз под строгим международным контролем). Такой подход позволит повысить роль Совета Безопасности, в чем заинтересована Россия.

Что касается права на самооборону, то можно было бы учесть опыт Конвенции 1933 г. об определении агрессии. В п. 5 ст. 2 Конвенции предусматривается, что нападающей стороной, то есть агрессором,

родной конференции «Вступая в XXI век: к примату права в международных отношениях», проходившей в Москве 2 ноября 2000 года, предлагал признать право на самооборону в связи с актами международного терроризма и использовать в борьбе с ним вооруженные силы. Подробнее об этом в его статьях «Прогноз развития международного права в XXI веке» // Московский журнал международного права. 2001. № 2 и «Вооруженная борьба против международного терроризма» // Московский журнал международного права. 2001. № 4.

является государство, которое отказывается принимать на своей территории меры против банд, вторгающихся в пределы другой державы. Такое положение вещей – отказ государства принять на своей территории меры по ликвидации баз террористов, создающих угрозу другим странам, – должно давать право на применение вооруженной силы для уничтожения подобных баз, исходя из права на самооборону.

Проблема превентивной самообороны является сложной. Поэтому было бы целесообразно провести ее всестороннее обсуждение с широким участием практических и научных работников, тем более что она затронута в докладе, представленном Генеральному Секретарю ООН Группой высокого уровня и будет рассматриваться в рамках ООН.

Понятие конфликта в международном праве

Черноудова М.С.*

События последних десятилетий показали, что обращаться к понятию «конфликт» в особенности «международный вооруженный конфликт», в современных международных отношениях и международном праве приходится намного чаще, чем этого хотелось бы. Доклады Генерального Секретаря ООН последних лет (с 1998 года) не содержат разделов о мирном разрешении международных споров, а посвящаются более актуальным темам международных отношений: предотвращение конфликтов, поддержание мира и постконфликтное мирное строительство¹. Некоторые решения Совета Безопасности ООН вместо «мирного урегулирования спора» упоминают «мирное урегулирование конфликта»². Более частое употребление таких слов и выражений, как «конфликт», «разрешение (урегулирование) конфликтов», является не случайным. Благие намерения государств разрешать конфликты на стадии спора столкнулись с несоответствием этой оптимистичной позиции с реалиями международной жизни. Желание некоторых политиков назвать конфликт спором или спорной ситуацией, отсутствие этого термина в Уставе ООН привели к путанице в употреблении терминов «конфликт», «спор», «спорная ситуация».

Термин «конфликт» употребляется в самых разных значениях: как синоним международного спора и спорной ситуации³, отдельно международного спора⁴, ситуаций, в которые может эскалироваться между-

* Черноудова Мария Сергеевна – магистр права (LLM, Германия), аспирантка кафедры международного права МГИМО (У) МИД России.

¹ См. ежегодные Доклады Генерального Секретаря ООН о работе Организации. 1997-2004 гг. Официальный сайт ООН. Русский язык. URL: <http://www.un.org/russian/basic/sg/reports.htm> (17.09.2004).

² См.: S/RES/1528 (2004), S/RES/1554 (2004), S/RES/733 (1992).

³ См.: Пушкин Э.А. Мирное разрешение международных споров (международно-правовые вопросы). М.: Международные отношения, 1974. С. 12; Анисимов Л.Н. Международно-правовые средства разрешения межгосударственных споров (конфликтов). Л.: Издательство ЛГУ, 1975. С. 28.

⁴ См.: Международное публичное право: Учебник / Под ред. К.А. Бекяшева. М.: ПБЮЛ Грачев С.М., 2001. С. 140; Escher R. Friedliche Erledigung von Streitigkeiten nach dem System der Vereinten Nationen. Schunthess Polygrafischer Verlag Zürich. 1985. S. 1f.

народный спор⁵, международного вооруженного конфликта⁶ или обозначения всех ситуаций, основой которых является противоречие в отношениях субъектов международного права⁷. Проблема необходимости различения указанных терминов поднималась в научной литературе неоднократно⁸, но не была разрешена.

В данной статье будет проведен анализ особенностей употребления термина «конфликт» в международном праве и определено его соотношение с такими смежными понятиями, как спор, спорная ситуация, разногласие, кризис, война.

Понятие конфликта. Слово «конфликт» происходит от «conflictus» (лат. – «столкновение») и понимается как столкновение сторон, мнений, сил⁹. В ходе исторического развития в различных сферах жизни и науки этот термин получал новое толкование. По подсчетам российского конфликтолога Д.М. Фельдмана, существует более 70 определенных конфликтов¹⁰. В междисциплинарном обзоре работ по исследованию конфликтов А.Я. Анцуповым и А.И. Шипиловым выделяются 11 областей научного знания, так или иначе изучающих конфликты: психология, социология, политология, история, философия, искусствоведение, педагогика, правоведение, социобиология, математика и военные науки¹¹. В новом исследовании конфликтов А.Я. Анцупов совместно с С.Л. Прошановым добавляют также географию, медицинские науки и экономику, а математику расширяют до физико-математических и технических наук¹². В каждой из этих областей использу-

⁵ П. 20 «Повестки дня для мира». Доклад Генерального Секретаря ООН от 17.06.1992 A/47/277.

⁶ См.: Осинцев Ю.В., Турбин Э.А. Борьба СССР за совершенствование процесса мирного урегулирования споров. М.: Международные отношения, 1983. С. 26.

⁷ См.: Декларация Будапештской встречи на высшем уровне от 6 декабря 1994 года; Декларация Хельсинкской встречи на высшем уровне. Человеческое измерение 1992 года; Парижская хартия для новой Европы от 21 ноября 1990 года и др.

⁸ См.: Егоров С.А. Вооруженные конфликты и международное право / ДА МИД России. М., 2003. С. 34; Худойкина Т.В. Мирное урегулирование и разрешение споров // Московский журнал международного права. 1998. № 3. С. 52-60; Handbuch Vereinte Nationen / hrsg. von Rüdiger Wolfrum. 2., völlig neu bearb. Aufl. München: Beck, 1991. S. 418-425; Link W. Überlegungen zum Begriff "Konflikt" in den internationalen Beziehungen. Versuch einer Begriffserklärung // Politische Vierteljahresschrift. 1979. 20. S. 33-50.

⁹ Большой энциклопедический словарь / Под ред. А.М. Прохорова. С.-Пб., 1993. С. 625.

¹⁰ Фельдман Д.М. Политология конфликта: Учебное пособие. М.: Изд. Дом «Стратегия», 1998. С. 9.

¹¹ Анцупов А.Я. Шипилов А.И. Конфликтология: теория, история, библиография. М., 1996. С. 23.

¹² См.: Анцупов А.Я., Прошанов С.Л. Российская конфликтология. Аналитический обзор 607 диссертаций. XX век. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. С. 8.

ется понятие конфликта в четко очерченных для каждой науки рамках. Можно образно сказать, что определение конфликта проходит сквозь призму предмета и метода соответствующей науки и принимает его «окраску». Так, в философии конфликт трактуется как «пределный случай обострения противоречия»¹³, «Психологический словарь» определяет конфликт как «трудно разрешимое противоречие, связанное с острыми эмоциональными переживаниями»¹⁴, социальный конфликт дефинируется как «пределный случай обострения социальных противоречий, выражающийся в столкновении различных социальных общностей – классов, наций, государств, социальных групп, социальных институтов и т.п., обусловленном противоположностью или существенным различием их интересов, целей, тенденций развития»¹⁵. *Общим для всех указанных определений является понимание конфликта как наличия противоречий с дополнительным признаком их (пределного) обострения.*

Понятие «конфликт» в праве встречается достаточно часто и обычно ассоциируется с конфликтами норм права, т.е. их «коллизией»¹⁶. Данное понятие используется в международном частном праве, которому приходится иметь дело с коллизиями правовых систем, норм права различных государств¹⁷. Изучением конфликтов в юриспруденции с недавнего времени занимается юридическая конфликтология. Под этой дисциплиной понимается раздел (направление) общей конфликтологии, предметом которого является изучение таких конфликтов, которые возникают, развиваются и разрешаются в рамках внутреннего (национального) или международного права¹⁸. Основными аспектами изучения конфликта в юриспруденции являются: трудовые конфликты, конфликтные ситуации в деятельности правоохранительных органов и международно-правовые аспекты конфликтов¹⁹.

¹³ Философская энциклопедия. Т. 3. М.: Советская энциклопедия, 1964. С. 55.

¹⁴ Психологический словарь / Под ред. В.В. Давыдова, А.В. Запорожца, Б.Ф. Ломова и др. М., 1983. С. 161.

¹⁵ Социологический словарь. Минск: Издательство «Университетское», 1991. С. 80.

¹⁶ См.: Тихомиров Ю.А. Коллизионное право: Учебное и научно-практическое пособие. М.: Юринформцентр. 394 с.

¹⁷ См.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М.: Юристь, 2004. 602 с.

¹⁸ Бойков О.В., Варламова Н.Н., Дмитриев А.В. и др.; Отв. ред. В.Н. Кудрявцев; Рос. АН, Центр конфликтолог. исслед. М.: Ин-т государства и права, 1995. С. 3.

¹⁹ См.: Анцупов А.Я., Шипилов А.И. Конфликтология: Учебник для вузов. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004. С. 54-56.

Определение международного конфликта в праве дается на основе перечисления его видов («международное право в значительной своей части всегда было традиционно связано с регулированием возникающих в отношениях между государствами войн, споров, столкновений, разногласий и других ситуаций, выражаемых ныне словосочетанием «международный конфликт»²⁰), базируется на понимании этого термина как социологической категории (как (предельного) обострения противоречия интересов между отдельными его действующими субъектами²¹) или политологической категории («конфликт является политическим отношением двух или нескольких сторон, воспроизводящим в острой форме лежащие в основе этого отношения противоречия его участников»²²). Трудность выработки единого определения конфликта в международном праве связана с неоднозначностью его употребления в этой системе права и междисциплинарным характером изучения явления «конфликт».

Неоднозначность употребления термина «конфликт» в международном праве. Международное право, регулируя межвластные отношения между государствами, а также между другими субъектами международного права, охватывает и конфликты, возникающие между субъектами международного права, то есть международные конфликты.

Трудность определения терминов «международный конфликт», «конфликт» в международном публичном праве обусловлена проблемой неоднозначности точного значения данного понятия для каждой области его применения и наличием большого количества близких по значению понятий, таких как вооруженное столкновение, борьба, спор, агрессия, коллизия, конфликтная ситуация, столкновение, столкновение противоположностей и др.

Данная проблема является характерной не только для русского языка, но и для других. Так, английскому “conflict” в разных его значениях соответствует несколько десятков синонимов: понятию “conflict” как открытому столкновению между противостоящими группами или индивидами (“an open clash between two opposing groups or individuals”) соответствуют синонимы struggle, fight (борьба) или battle (битва), а также близкие по значению слова war, warfare (война), revolt, rebellion

²⁰ Юридическая конфликтология. С. 176

²¹ Vgl.: Handbuch Vereinte Nationen / hrsg. von Rüdiger Wolfrum. 2., völlig neu bearb. Aufl. München: Beck, 1991. S. 418; Druwe, Ulrich: Internationale Politik / Ulrich Druwe; Dörte Hahlbohm; Alex Singer Neuried : Ars Una, 1995. S. 151.

²² Международные конфликты. М.: Международные отношения, 1972. С. 41.

(восстание), *strife, rivalry* (соперничество) и др.; конфликт как разногласие или спор о чем-то важном (“a disagreement or argument about something important”) имеет синонимы *difference of opinion* (различие во мнении), *dispute* (спор), *difference* (разница, разногласие) и близкие по значению слова *disagreement* (несогласие), *collision* (коллизия), *controversy* (полемика), *argument, quarrel* (ссора)²³ и др. Многие из этих слов постепенно «перекочевали» в международную политическую сферу и обусловили неоднозначное употребление слова «конфликт» в международном праве. Сфера международной политики и международных отношений непосредственно обуславливает содержание международного права, поэтому данный термин в различных его сочетаниях встречается в международно-правовых документах. Так, встречаются различные комбинации понятия «конфликт» с определяющими словами: конфликтная ситуация, региональные конфликты²⁴, мировой конфликт²⁵, межнациональные конфликты²⁶ и др.

Д.Б. Левин объяснял наличие множества политических и юридических понятий в рамках всего комплекса проблем, связанных с предотвращением и ликвидацией международных конфликтов, лишенных на практике определенности, потребностями международной жизни²⁷. С данным утверждением можно согласиться, но не только это обусловило неопределенность в понятийном аппарате рассматриваемого института международного права. Создатели международно-правовых актов постепенно отошли от понятия «конфликт», пытаясь, видимо, таким образом акцентировать внимание на разрешении противоречий до их крайнего обострения. «Нормальными и естественными для международных отношений, – пишет Л.М. Энтин, – являются лишь противоречия. Разрешение их через международный конфликт не только

²³ См.: *The Collaborative International Dictionary of English* // <http://www.thefreedictionary.com/conflict>; Электронный словарь ABBYY Lingvo 6.0. Английский язык.

²⁴ См., напр.: Декларация об усилении эффективности принципа отказа от угрозы силой или ее применения в международных отношениях от 18 ноября 1987 г.

²⁵ См.: Определение агрессии. Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1974 г.

²⁶ См.: Соглашение об обмене информацией по вопросам охраны внешних границ государств – участников Содружества Независимых Государств от 12 апреля 1996 г.

²⁷ Левин Д.Б. Принцип мирного разрешения международных споров. М.: Наука, 1977. С. 54; См. также: Эужению де Жезуш Уильсон де Карвальо. Проблема повышения эффективности Совета Безопасности ООН в разрешении международных конфликтов: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 37.

не обязательно, но и вредно, пагубно, недопустимо. Превращение противоречий в конфликты свидетельствует о низком уровне политической культуры, неумении или нежелании добиться разрешения противоречий цивилизованными средствами, которые были зафиксированы еще в конвенциях 1899 и 1907 гг. о мирном разрешении международных столкновений»²⁸.

Понятие «конфликт» в международно-правовых актах (краткий исторический экскурс). До принятия Устава ООН 1945 года употребление термина «конфликт» и смежных понятий было относительно произвольным. Не было единства в переводе их с одного языка на другой. Официальным языком первых конвенций в области мирного разрешения конфликтов был французский²⁹, поэтому английский и русский переводы юридических текстов не были аутентичными, применяемые термины избирались сторонами по своему усмотрению. Так, уже в названии Конвенции о мирном (раз)решении международных столкновений 1899 года (Convention pour le régliment pacifique des conflits internationaux, Convention for the Pacific Settlement of International Disputes³⁰) мы замечаем разночтения. Французский термин “conflit” заменен в английском варианте на “dispute” (спор). Русский текст использует более близкий по значению к французскому термин «столкновение». Далее по тексту избранный в русской редакции термин «столкновение» заменяется на «спор» (в частности, в преамбуле). В ст. 1 мы встречаем новый термин “différends internationaux”, близкий по значению «conflit», который переводится на английский как “international differences”, на русский соответственно «международные разногласия», в ст. 2 французский термин “conflit” (“en cas de dissentiment grave ou de conflit”) переводится, не следуя логике перевода названия конвенции, на английский как “conflict”: “in case of serious disagreement or *conflict*”, а русский текст следует прямому переводу: «в случае серьезных разногласий или *конфликта*». По всему тексту выражение «стороны, участвующие в конфликте» (фр. – les États en *conflit*) заменяется в английском переводе на “parties at variance”, в русском – на «спорящие Стороны» или «Стороны, участвующие в споре». Соответственно

²⁸ Ассоциация теории и моделирования международных отношений. Международные исследования. М., 1991. №1-2 (5). С. 16. Цит. по: Егоров С.А. Вооруженные конфликты и международное право. ДА МИД России. М., 2003. С. 22.

²⁹ Конвенции о мирном разрешении международных столкновений 1899 и 1907 годов.

³⁰ См. тексты конвенции на французском, английском и русском языках на сайте Постоянной палаты третейского суда <http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/BD/>

французский текст Конвенции о мирном (раз)решении международных столкновений 1907 года в терминологическом аспекте не изменился, английская редакция заменила его на “dispute”, а русская – на «столкновение» (ст. 2). Таким образом, если аутентичная французская редакция этих двух конвенций последовательно использовала термин «конфликт» (фр. – conflit), то английская смягчала его путем использования термина «спор» (англ. – “dispute”, “variance”). В русской редакции использовался более близкий по значению французскому “conflit” эквивалент «столкновение».

В дальнейшем английские юристы-международники следовали избранному пути и применяли термин “dispute”³¹, русские (затем советские) юристы, хотя и не сразу³², последовали английскому примеру и вместо терминов «столкновение» и «конфликт» ввели аналогичный термин «спор». Во французском языке вместо термина “conflit” был введен термин “différend”³³, соответствующий английскому “dispute”. В Уставе ООН, французская, английская и русская версии которого являются аутентичными, используются аналогичные термины: différend (фр.), “dispute” (англ.), спор (рус.). Для обозначения спорной ситуации используются понятия “situations” (фр.), “situations” (англ.) и «ситуация» (рус.).

Несмотря на единство в употреблении понятия международного спора и спорной ситуации в Уставе ООН, а также во многих последующих документах, нет четкости в их соотношении с термином «конфликт» (conflict). Чтобы определить рамки этого соотношения, необходимо выяснить, в каком смысле чаще всего употребляется понятие «конфликт» в международном праве, т.е. с какими терминами и словосочетаниями оно ассоциируется, а также уяснить, что такое «международный спор» и «спорная ситуация» и как они соотносятся с термином «международный конфликт».

«Конфликт» как центральное понятие международного гуманитарного права. Наиболее часто термин «конфликт» употребляется в соче-

³¹ См.: The Covenant of the League of Nations 1919; League of Nations Protocol for Pacific Settlement of International Disputes 1924; General Act of Arbitration for the pacific settlement of international disputes 1928.

³² См., напр.: Договор между СССР и Финляндией о ненападении и мирном разрешении конфликтов от 21 января 1932 года.

³³ См.: ст. XII-XV аутентичного французского текста Устава Лиги Наций // The Covenant of the League of Nations. Text, Index, Interpretations /by Pitman B. Potter. Carnegie Endowment for International Peace. Division of Intercourse and Education. 1927. P. 17.

тании с определением «вооруженный», обозначая одно из основных понятий международного гуманитарного права³⁴.

Международный Комитет Красного Креста дал следующее определение понятия «международный вооруженный конфликт» в комментарии к Женевским конвенциям 1949 года: «любое противоречие, возникающее между двумя государствами и ведущее к вторжению вооруженных сил, даже если одна из сторон отрицает состояние войны. Продолжительность конфликта и количество жертв не имеют значения»³⁵. Протокол № I 1977 года³⁶ добавляет, что международный вооруженный конфликт включает войны за национальное освобождение или самоопределение.

В целом конфликты могут проходить с применением или без применения оружия и по этому критерию делятся на вооруженные и невооруженные. Для международного гуманитарного права понятие «вооруженные конфликты» имеет важное юридическое значение, так как при отнесении конфликта к данной категории на него будут распространяться нормы о методах и средствах ведения военных действий, защите прав определенных групп лиц (гражданское население и раненые военнослужащие или военнослужащие, вышедшие из строя другим образом в период вооруженных конфликтов).

По субъектному составу участников вооруженные конфликты делятся на международные и немеждународного характера (внутренние), различие которых является достаточно сложным и широко исследуемым вопросом международного права³⁷. Вооруженные конфликты между государствами изначально были предметом правового регулирования в международном гуманитарном праве. Вооруженные же конфликты немеждународного характера до 1949 года относились к компетенции суверенных государств. Женевские конвенции 1949 года распространили отдельные правила на внутренние конфликты. Регулирование внутренних конфликтов нормами международного пра-

³⁴ См.: Женевские конвенции 1949 года.

³⁵ Комментарий к Дополнительному протоколу II от 8 июня 1977 г., к Женевским конвенциям от 12 авг. 1949 года, касающимся защиты жертв вооружен. конфликтов немеждународного характера: Пер. с англ. Клод Пийту и др.. 2-е. изд., стереотип. М.: Междунар. ком. Крас. Креста, 2000. С. 34.

³⁶ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) от 10.06.1977 // СПС «Консультант-Плюс». Международное гуманитарное право.

³⁷ См.: Byron Ch. Armed conflicts: International or Non-International? // Journal of conflict and security law. 2001. June. 6 (63). <http://web.lexis-nexis.com/professional>

ва продолжается³⁸. Дополнительный протокол № I 1977 года расширил субъектный состав международных конфликтов до народов, ведущих борьбу против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов в осуществление своего права на самоопределение. Протокол № II уточнил понятие внутренних вооруженных конфликтов и расширил перечень правил международного гуманитарного права, применяемых к ним³⁹.

Современная теория международного права относит к возможным субъектам международных вооруженных конфликтов и международные организации (ООН, НАТО, ЛАГ и др.)⁴⁰. В соответствии с этим, сегодня международное гуманитарное право применяется в различной степени к четырем типам вооруженных конфликтов:

1. *Международный вооруженный конфликт*, участниками которого могут быть государства и их объединения (международные организации), к которому применяются четыре Женевские конвенции 1949 года, Дополнительный протокол № I 1977 года, Гаагские правила и другие принципы международного гуманитарного права.

2. *Освободительные войны и войны за самоопределение*, в которых народы «ведут борьбу против колониального господства и иностранной оккупации и против расистских режимов в осуществление своего права на самоопределение» (ст. 1, п. 4 Протокола I).

3. *Вооруженные конфликты немеждународного характера*, которые охватываются положениями статьи 3, являющейся одинаковой для четырех Женевских конвенций, и некоторыми нормами обычного права (*вооруженный конфликт, не носящий международного характера и возникший на территории одного из государств*).

4. *Вооруженные конфликты немеждународного характера, происходящие на территории какого-либо из государств между его вооруженными силами и антиправительственными вооруженными сила-*

³⁸ Sonja Boelaert-Suominen Grave Breaches, Universal Jurisdiction And Internal Armed Conflict: Is Customary Law Moving Towards A Uniform Enforcement Mechanism For All Armed Conflicts? // Journal of conflict and security law. 2000. June. 5 (63). <http://web.lexis-nexis.com/professional>

³⁹ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II) от 08.06.1977 // СПС «Консультант-Плюс». Международное гуманитарное право.

⁴⁰ См.: Павлова Л. Виды вооруженных конфликтов и статус участников вооруженных конфликтов по международному праву // Юстиция Беларуси. 1998. № 3. Электронная версия. <http://justbel.by.ru/1998-3/art22.htm>

ми или другими организованными вооруженными группами, которые, находясь под ответственным командованием, осуществляют такой контроль над частью ее территории, который позволяет им осуществлять непрерывные и согласованные военные действия и применять Протокол II (п. 1 ст. 1 Протокола I).

Понятие международного спора, спорной ситуации и их соотношение с термином «конфликт». Понятие «международный спор» и «спорная ситуация» – единственные относительно четко дефинированные понятия в международном праве из группы терминов, смежных с понятием «международный конфликт». Определение спора как международного не является случайным. Оно было принято на конференции в Сан-Франциско по предложению четырех государств-союзников специально, чтобы разделить внутреннюю компетенцию государств и компетенцию международных органов (ООН)⁴¹.

Понятие «международный спор» обычно используется в международном праве для обозначения наличия неурегулированных вопросов, трений, разногласий между государствами по самым различным проблемам международной жизни⁴², в том числе тем, которые могут поставить под угрозу международный мир и безопасность. Одним из первых и наиболее часто цитируемых понятий международного спора стало его определение Постоянной палатой международного правосудия: “a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons”⁴³ (спор – это разногласие по поводу ~~какой-либо~~ нормы права или факта, конфликт правовых мнений или интересов между двумя лицами). Данное определение подвергалось критике, предпринимались попытки его уточнения в литературе, особенно после принятия Устава ООН в плане обязательности наличия претензий и несогласия с ними противоположной стороны⁴⁴, а также в плане точности формулирования претензий⁴⁵. Существую-

⁴¹ United Nations Conference on International Organization (Documentation). III. 623.

⁴² См.: Курс международного права в 6 томах. Т. 2 / Под ред. Н.А. Ушакова. М.: Наука, 1967. С. 156.

⁴³ The Mavrommatis Palestine Concessions. August 30th. 1924 // Publications of the Permanent Court of Justice. Series A. N2. P. 11. Здесь и далее: Электронные версии решений на официальном сайте Международного Суда ООН. http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Aret.pdf

⁴⁴ См.: Bentwich N./Martin A., A Commentary on the Charter of the United Nations, (2nd ed.) London. 1951. S. 79f.

⁴⁵ Kelsen H. The Law of United Nations. London. 1951. P. 360.

щее *разногласие* между государствами, как это указывалось в определении 1924 года, еще не является спором и, соответственно, возможным предметом рассмотрения в международных органах. Это лишь начальная, зачаточная его стадия⁴⁶. Следуя критике в научной юридической литературе, в 1962 году Международный Суд ООН уточнил определение Постоянной палаты международного правосудия в решении по Юго-Западной Африке: "...it was not sufficient for one party to a contentious case to assert that a dispute existed with the other party. It must be shown that the claim of one party was positively opposed by the other"⁴⁷ (недостаточно для одной стороны по спорному делу лишь утверждать о существовании спора с другой стороной. Должно быть показано, что претензии одной стороны были отвергнуты другой).

В Уставе ООН используется еще один термин, обозначающий наличие противоречий, разногласий между государствами, – «ситуация, которая может привести к международным трениям или вызвать спор» или «спорная ситуация» (ст. 34 и др.). Ситуация имеет место тогда, когда столкновение интересов государств не сопровождается взаимным предъявлением претензий, хотя и порождает трения между ними. Не каждая ситуация приводит к спору, но каждый спор является в основе своей спорной ситуацией. Очевидным продолжением неразрешенной спорной ситуации является *международный спор*.

Таким образом, основным признаком спорной ситуации является наличие противоречия (столкновения интересов, несовместимости целей и интересов), международного спора – наличие претензии одной стороны спора, отвергнутой другой. Признаком конфликта также является наличие противоречия с дополнительным признаком его (предельного) обострения. Обострение ситуации обычно проявляется в поведении субъектов противоречия.

Возникновение объективной проблемной ситуации, сущность которой состоит в возникновении противоречия между субъектами, называется в конфликтологии «предконфликтом» и относится к латентному периоду развития конфликтной ситуации⁴⁸. К латентному периоду также относится:

⁴⁶ См.: Эуженио де Жезуш Уильсон де Карвальо. Проблема повышения эффективности Совета Безопасности ООН в разрешении международных конфликтов. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 38-39.

⁴⁷ South-West Africa Cases. Preliminary Objections. Judgment of 21 December 1962 // <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ilsaesasummary621221.htm>

⁴⁸ См.: Анцупов А.Я., Шипилов А.И. Конфликтология. С. 285.

- осознание объективной проблемной ситуации,
- попытки сторон разрешить объективную проблемную ситуацию неконфликтными способами,
- возникновение предконфликтной ситуации (ощущение непосредственной угрозы одной из сторон)⁴⁹.

Такое понятие предконфликтной ситуации в основном соответствует понятиям «спорная ситуация» и «международный спор» в международном праве. В таком случае конфликт не является обязательным спутником международного спора или спорной ситуации. Спорная ситуация, как и международный спор, могут протекать без нагнетания международной обстановки, без обострения противоречий до предельных, хотя эскалация отношений может произойти в любой момент. Если между сторонами существует осознанное противоречие и, не предъявляя сформулированных требований, претензий друг к другу, они начинают инцидент, первое столкновение (с применением вооруженных сил или без), то конфликт возникает на стадии «спорной ситуации». Примером таких ситуаций может быть начало войны без ее объявления из-за территориальных или иных властных притязаний господства.

На стадии международного спора, если стороны сформулировали свои претензии, предъявили их друг другу (или одна сторона другой) и претензии были взаимно отвергнуты (или одной из сторон), конфликт также не возникает автоматически. Отвержение претензий еще не является эскалированием обстановки. Стороны могут попытаться решить возникшее противоречие неконфликтными методами. Международный спор переходит в непосредственную предконфликтную стадию, когда одна из сторон (или обе) осознают наличие непосредственной угрозы безопасности для важных для себя интересов. Собственно конфликт начинается с момента первого столкновения сторон. Такое столкновение не обязательно проходит с использованием вооруженной силы. Оно может сопровождаться устными угрозами, ультиматумами, введением санкций и другими неконструктивными способами разрешения проблемы, когда противоречия между сторонами обостряются до предела⁵⁰. Именно такого рода международные споры можно назвать невооруженными конфликтами. Если для разрешения такого

⁴⁹ Там же. С. 286-287.

⁵⁰ Vgl.: Knapp, Manfred [Hrsg.]: Einführung in die internationale Politik : Studienbuch / hrsg. von Manfred Knapp ... Unter Mitarb. von Alexander Brand... 4., überarb. und erw. Aufl. München [u.a.] : Oldenbourg, 2004. S. 370.

конфликта применяются вооруженные силы, то он становится вооруженным конфликтом⁵¹.

Не каждый конфликт имеет в своей основе спор и в итоге противоречие. Сложность разрешения конфликтов, в отличие от споров, заключается в том, что в основе их могут лежать самые различные причины. Так, в соответствии с типологией известного конфликтолога М. Дойча можно выделить:

1) «подлинный конфликт» – когда столкновение интересов существует объективно, осознается участниками и не зависит от какого-либо легко изменяющегося фактора (т.е. в основе конфликта лежит спор);

2) «случайный или условный конфликт» – когда конфликтные отношения возникают в силу случайных, легко поддающихся изменению обстоятельств, что не осознается их участниками;

3) «смещенный конфликт» – когда причины конфликта лишь косвенно связаны с объективными причинами, лежащими в его основе;

4) «неверно приписанный конфликт» – когда конфликтные отношения приписываются не тем сторонам, между которыми разыгрывается действительный конфликт;

5) «скрытый конфликт» – когда конфликтные отношения в силу объективных причин должны иметь место, но не актуализируются;

6) «ложный конфликт» – это конфликт, не имеющий объективных оснований и возникающий в результате ложных представлений или недоразумений⁵².

Все эти типы конфликтов можно встретить в международных отношениях. И, как мы видим, понятие международного спора и спорной ситуации, а также нормы об их мирном разрешении не являются достаточными для эффективной работы по урегулированию конфликтов. Это лишь одна малая часть всех обострений в международных отношениях, возникающих в мире. Их корректная квалификация ведет к избранию правильного метода их урегулирования. Для полного выполнения этой задачи необходимо отделить понятие «конфликт» от других смежных понятий, употребляемых в международном праве.

⁵¹ Напр., в резолюции Совета Безопасности ООН № 27 от 1 августа 1947 года S/459 вооруженный конфликт между Нидерландами и Индонезией называется спором и предлагаются мирные способы его разрешения.

⁵² Введение в теорию международного конфликта: Учебное пособие / Под ред. проф. М.А. Мунтяна. М.: Издательство РАГМ, 1996. С. 10.

Соотношение понятия «конфликт» с другими смежными понятиями (кризис, война). Основными близкими по значению понятию «конфликт» являются термины «кризис» и «война». Они используются относительно произвольно в литературе⁵³, и их внутреннее значение, употребляемое в правовых документах, обычно базируется на общепринятом понимании с учетом особенностей международного права.

Понятие «кризис» использовалось еще древними учеными (Гиппократом) и означало поворот, когда решался вопрос о жизни и смерти, о победе и поражении⁵⁴. В VII-VIII веках понятие «кризис» распространилось на другие сферы жизни и означало «беспокойное время» и «ускоряющиеся процессы»⁵⁵. Затем этот термин проник в экономику для обозначения «единственных в своем роде и драматических катастрофических событий»⁵⁶. Значение слова «кризис» – перелом, переворот, решительная пора, переходное состояние – сохранилось⁵⁷.

Авторы двухтомного исследования, представляющего собой обширный сборник фактических данных о войнах, конфликтах и кризисных ситуациях, которые имели место в международных отношениях в период с 1929 по 1979 год, Дж. Уинкенфельд, М. Бречер и Ш. Мозер называют международным кризисом такое изменение в отношениях между сторонами, которое определяется наличием двух необходимых и достаточных условий:

1) нарушение типичного характера и усиление интенсивности разрушительных взаимодействий между двумя или большим числом противников, сопровождающиеся высокой степенью вероятности воен-

⁵³ См. различные определения этих терминов как предметов исследования на сайте университета Uppsala. Uppsala Conflict Date Program http://www.pcr.uu.se/research/UCDP/UCDP_toplevel.htm, сайте Хайдельбергского Института Международных Исследований конфликтов http://www.hiik.de/de/index_d.htm (Definitionen bis 2002 und ab 2003).

⁵⁴ Kosellek, R. Art. „Krise“ in: Historisches Wörterbuch der Philosophie. Bd. 4 Frankfurt. 1976. S. 1235.

⁵⁵ Prisching, M. “Krise“ als gesellschaftlicher Prozeß and als geschichtphilosophisches Problem in: Frey G. und Zelgerm J. Hrsg. Der Mensch und die Wissenschaft vom Menschen. Bd. 2. Innsbruck. 1983. S. 809-824.

⁵⁶ См.: Kurt Rothschild Krisenbegriff und Krisenbewältigung aus der Sicht der Wirtschaftswissenschaften // Krise und Krisenmanagement in den internationalen Beziehungen / Hanspeter Neuhold; Hans-Joachim Heinemann (Hrsg.). Stuttgart : Steiner-Verl. Wiesbaden, 1989. S. 78.

⁵⁷ Владимир Даль. Толковый словарь живого великорусского языка. Электронная версия. <http://encycl.yandex.ru>

ных действий, а во время войны – высокой степенью вероятности неблагоприятных изменений в соотношении военных сил;

2) возникновение угрозы для сохранения существующей структуры глобальной, доминантной или региональной силы международных отношений, которую несут в себе «больше чем обычные» конфликтующие взаимодействия⁵⁸.

Исследователи Хайделбергского Института международных исследований конфликтов определяют кризис как состояние напряженности, когда по меньшей мере одна из сторон в отдельных случаях применяет силу, а серьезный кризис (“eine ernste Krise”) – как конфликт, когда неоднократно и организованно применяется сила. Они относят кризисы к категории конфликтов с применением силы (gewaltsame Konflikte)⁵⁹.

Таким образом, кризисом можно назвать период перерастания конфликта в сторону эскалации. После кризиса конфликт может потухнуть, видоизмениться (из невооруженного в вооруженный), разрешиться или перейти в латентную фазу. Кризисы могут возникать на любой стадии развития конфликта.

Война также не имеет одного общепризнанного определения⁶⁰. По утверждению автора Практического словаря гуманитарного права Франсуаза Буше-Сольнье, «слово «война» более не употребляется в современном международном праве»⁶¹, оно заменено термином «вооруженный конфликт». Исследователи вооруженных конфликтов используют этот термин для обозначения степени их интенсивности. Так, исследователи Хайделбергского Института международных исследований конфликтов определяют войны как формы силового решения конфликта наивысшей степени интенсивности, в которых в течение определенного времени и систематически применяется сила; конфликтующие стороны применяют средства соответственно ситуации в большом объеме; разрушения значительны⁶². Исследователи универ-

⁵⁸ Winkenfeld J., Brecher M. Moser Sh. Crises in the twentieth century. Oxford etc.: Pergamon press, 1988. Vol. 1: Handbook of international crises. P. 3.

⁵⁹ Таблица интенсивности конфликтов 2003 года // Heidelberger Institut für Internationale Konfliktforschung http://www.hiik.de/de/index_d.htm Methodik – Definitionen ab 2003.

⁶⁰ См. дискуссию о понятии «война» в: Gantzel, Klaus-Jürgen/ Schwinghammer, Torsten: Die Kriege von 1945 bis 1992. Münster. 1995. S. 31-48.

⁶¹ Буше-Сольнье Ф. Практический словарь гуманитарного права / Перевод с фр. Е. Кирпичниковой. М.: Издательство «МИК», 2004. С. 81.

⁶² http://www.hiik.de/de/index_d.htm

ситета Уппсала относят вооруженный конфликт к категории «война», если его жертвами становится по меньшей мере 1000 человек в год⁶³.

Можно сделать вывод, что понятие «война» вытесняется в международном праве понятием «вооруженный конфликт». Оно используется лишь для обозначения степени интенсивности вооруженного конфликта при проведении научных исследований (градация интенсивности проводится исследовательскими коллективами самостоятельно), а также в обычном общепринятом понимании⁶⁴ этого слова в международной политике. При определении соотношения терминов «конфликт» и «война» необходимо отметить, что любая война является конфликтом, причем вооруженным.

Таким образом, понятие «конфликт» употребляется в международном праве неоднозначно из-за отсутствия его четкого определения, его междисциплинарного использования, а также наличия в международно-правовых актах множества коллидирующих с ним терминов (международный спор, спорная ситуация, кризис, война). Употребление термина «конфликт» в международном праве, по нашему мнению, должно следовать его общему определению – ситуации предельного обострения существующих противоречий, проявляющихся в поведении сторон. Понятия «международный спор» и «спорная ситуация» не являются видами конфликта, превращение их в конфликт зависит от степени интенсификации противоречий и поведения сторон. В основе спорной ситуации и международного спора лежит противоречие, что не всегда наличествует в конфликте. Поэтому и при разрешении конфликтов необходимо исходить из иной нормативной базы, которой пока, к сожалению, не создано в международном праве.

⁶³ Strand H., Wilhelmssen L., Gleditsch N.P. Armed Conflict Dataset Codebook. P. 4 // http://www.prio.no/cwp/armedconflict/old/v2_10/codebook_v2_1.pdf.

⁶⁴ В словаре Брокгауза и Ефрона война понимается как организованная вооруженная борьба между государствами или народами по поводу каких-либо столкновений из-за обоюдных интересов, прав и притязаний // Малый энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. Электронная версия. <http://encycl.yandex.ru/>

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

От редакции: Статья является продолжением дискуссии, начатой Ю.Я. Баскиным на страницах «Правоведения» и Г.М. Вельяминовым в МЖМП № 3 за 1999 год.

Религиозные начала в международном праве

Безбородов Ю.С.*

*Jus est ars boni et aequi.*¹

Более десяти лет назад в отечественной международно-правовой доктрине встал вопрос о соотношении и взаимодействии религии и международного права, а также о наличии религиозных начал в современном международном праве. В начале 90-х годов в журнале «Правоведение» была опубликована работа Ю.Я. Баскина «Библия и международное право» (1991 г., № 5). Затем, через год, свет увидела его следующая работа, посвященная данной проблеме, – «Новый Завет и становление нового международного права» (Правоведение, 1992 г., № 4). По этой «слабо разработанной, но представляющей большой научный интерес проблеме» редакция пригласила к дискуссии, которая затихла на долгие годы, а затем вновь возродилась, но уже на страницах «Московского журнала международного права» (1999 г., № 3) в работе Г.М. Вельяминова и В.С. Семенова «Бог и право (много- или

* Безбородов Юрий Сергеевич – к.ю.н., ст. преподаватель кафедры иностранного государственного и международного права Уральской государственной юридической академии, декан международно-правового факультета Уральской государственной юридической академии.

¹ Право есть искусства добра и справедливости (*лат.*).

однополярный мир?)», которая, как и предполагали авторы, нашла некоторый отклик среди заинтересованных юристов-международников.

Как видно, в последнее время к данной проблеме (зная ее специфику и для большинства – условность) обращаются не так уж и редко. К примеру, в учебнике по международному праву под ред. Ю.М. Колосова² влиянию и взаимодействию религии и международного права посвящена целая глава. Но следует заметить, что в указанной работе речь в целом идет не о религии и международном праве, а о международном праве и религиозных организациях, которые уже по сути являются производными от религии, уже несут на себе печать человеческого субъективизма, отражая не божественное, но значительно более низкое по уровню знание. Несомненно, религиозные организации, проповедующие иудаизм, ислам, христианство (особенно его католическая конфессия), оказали и продолжают оказывать влияние на право в целом и международное право в частности. Но это, повторюсь, влияние опосредованное, поскольку первоначально возникла религия (было дано религиозное или божественное знание), и лишь потом – общественные надстройки, проповедующие ее, чаще искажая до неузнаваемости и отдаляя от человека и от реальности в целом.

Указанную главу в учебнике под ред. Ю.М. Колосова следовало бы назвать «Религиозные общественные организации и международное право», что в любом случае не имеет ничего общего с религиозным знанием в целом и т.н. *jus divinum*³ в частности.

Актуальность проблемы также подчеркивается фактом проведения 7 октября 2004 г. в рамках Российского госуниверситета им. А.Н. Герцена (Санкт-Петербург) открытого стола на тему «Международное право и религия»⁴.

Все же современным первооткрывателем проблемы, по нашему разумению, является Ю.Я. Баскин, который в своей работе «Новый Завет и становление современного международного права» доказывает тесную связь международного права и религиозных принципов на основе анализа и соотношения основных принципов международного права (норм *jus cogens*) и библейских заветов. Действительно, не только Новый Завет (как доказал Ю.Я. Баскин), но и все религиозное зна-

² Международное право: Учеб. для вузов / Под ред. Ю.М. Колосова М: Международные отношения, 2003.

³ Божественное право (*лат.*).

⁴ К сожалению, автору ничего не известно о результатах данного мероприятия.

ние является метаюридическим критерием по отношению к любому праву.

Ю.Я. Баскин проводит аналогии в отношении к войне международного права и Библии. Причем прообраз принципа разрешения споров мирным путем автор видит лишь в Новом Завете, а значит, буквально и, следовательно, неправильно трактуя вслед за большинством смысл Ветхого Завета⁵.

Здесь нельзя не отметить заслугу христианства в последующей затем гуманизации войны, когда на соборах были введены «замирение по субъектам» – духовенство, паломники, женщины и дети до 12 лет; «замирение по объектам» – церкви, дома духовенства, домашние животные; «замирение по времени» – запрещение вести военные действия в дни христианских праздников⁶. Именно идеи этих положений являются прообразами Женевских конвенций 1949 г. и истоком всего международного гуманитарного права в целом.

В XIX-XX вв., когда религиозные принципы уже не обладали в цивилизованных государствах существенной силой, они (принципы) продолжали существовать, будучи завуалированными под принципы человеколюбия и человечности, раскрывая тем самым истинное предназначение религии и божественного знания. К примеру, в Санкт-Петербургской декларации об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль 1868 г. «говорится о технических границах, в которых потребности войны должны остановиться перед требованиями *человеколюбия*»⁷ (курсив мой. – Ю.Б.). А в IV Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г. прямо говорится: «Впредь до того времени, когда представится возможность издать более полный свод законов войны, Высокие Договаривающиеся Стороны считают уместным засвидетельствовать, что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население и воюю-

⁵ Одним из основных правил толкования священных текстов в теософии является запрет буквального толкования, следуя правилу «слепой буквы» и не привлекая своей интуиции. В большей степени это относится к Ветхому Завету, нежели к Новому, поскольку первый подвергся большим исправлениям и даже фальсификациям еще на заре христианства, потеряв при этом чистоту религиозного знания. Что касается буквального толкования, то поясню, что по меньшей мере необдуманно воспринимать так (буквально), например, библейскую идею о создании женщины из ребра мужчины.

⁶ Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И. История международного права. М., 1990. С. 63-65.

⁷ Действующее международное право. Т. 2. М.: Моск. независ. институт международного права. 1997. С. 573-574.

щие остаются под охраною и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из *законов человечности* (курсив мой. – Ю.Б.) и требований общественного сознания»⁸. Что это за требование человеколюбия и законы человечности, как не то, что имел под этим в виду Цицерон, говоря, что «закон... есть заложенный в природе высший разум, велящий нам совершать то, что следует совершать, и запрещающий противоположное»⁹. Вот яркий пример наличия религиозного (божественного) начала в праве. Это Высший Разум, который есть синоним человеколюбия и человечности, на которых, в свою очередь, должно быть построено все право, в первую очередь – международное. Это также есть основа любой религии, как и основа божественного права, *jus divinum*.

Далее Ю.Я. Баскин пишет о справедливости, которая хотя и не является самостоятельным принципом международного права, но все же есть категория сквозная и основополагающая для права в целом. «Будучи нравственной моделью организации и функционирования социальных систем, справедливость является основополагающей идеей современного международного права и одним из факторов его развития»¹⁰. Полностью согласимся с Ю.Я. Баскиным, однако добавим, что категория справедливости – это изначально категория высшего (чистого) религиозного знания. Первоначально она возникла в той среде, которую теперь мы можем назвать *jus divinum*, перейдя затем в мораль, а затем и в право. Человек только предполагает, что такое справедливость, ведь у каждого свое понимание этого состояния, истинное же значение справедливости находится в границах божественного (религиозного) знания, которое каждый воспринимает по-своему, не изменяя при этом его сути (по аналогии с понятием истины).

В своей работе, которая, несомненно, требует значительно больше внимания, Ю.Я. Баскин анализирует также соотношение принципа сотрудничества и принципа *pacta sunt servanda* в религии и международном праве. И здесь также опережающим значением отличается религиозное знание, а именно Новый Завет, где для всего христианского мира эти принципы были закреплены впервые.

⁸ Там же. С. 575.

⁹ Г.М. Вельяминов и В.С. Семенов. Бог и право (много- или однополярный мир?) // Московский журнал международного права. 1999. № 3. С. 35.

¹⁰ Баскин Ю.Я. Новый Завет и становление современного международного права // Правоведение. 1992. № 4.

Отечественные правоведаы, в силу особых исторических условий, в большинстве своем не видят теснейшей связи между духовностью, моральностью и правом. Поэтому Г.М. Вельяминов и В.С. Семенов правильно заметили, что «постановка вопроса о взаимосвязи Бога и права в глазах ортодоксов-атеистов может показаться антинаучной»¹¹. Для предотвращения обвинений в голословности авторы определили (и мы присоединяемся к ним), что «закон правовой есть лишь ограждаемый и обеспечиваемый принудительной силой минимум закона морального»¹². В этом отношении показательным будет высказывание бывшего президента США Джими Картера из его интервью газете “The New-York Times”: «Если США начнут войну в Ираке без одобрения ООН, то это станет нарушением *основных религиозных принципов* (курсив наш. – Ю.Б.) и неуважением международного права»¹³. Идея эта в действительности настолько интересная и необычная для нас, имеющих узкое представление о правогаенезе, что кажется, что речь здесь идет о религиозности конкретного человека, а не о связи права и религии. Но это не так. Религиозное знание, *jus divinum* – вот тот источник, давший миру мораль, а затем и право. Это неизменный и незыблемый источник, независимый от исторических условий и формаций, к которому, к сожалению, могут приблизиться лишь единицы из числа миллиардов жителей планеты. Остальные могут или стремиться к этому источнику, или прислушиваться к совести, поскольку она является проводником между божественным и человеческими интересами.

Больше десяти лет назад Ю.Я. Баскин говорил о кризисе мировоззрения в мировом масштабе. Этот кризис он связывал с началом нового этапа интеллектуальной жизни. «В наши дни закладываются основы такого общественного строя, при котором материальное производство, оставаясь необходимой основой существования людей, перестает быть главной целью человеческой деятельности»¹⁴. В этой связи принципы божественного права (основные религиозные принципы) не могут и действительно не станут в дальнейшем непосредственными источниками норм общего международного права. Но согласимся с Ю.Я. Баскиным, что они являются духовным основанием при выра-

¹¹ Г.М. Вельяминов и В.С. Семенов. Бог и право (много- или однополярный мир?) // Московский журнал международного права. 1999. № 3. С. 34.

¹² Там же. С. 35.

¹³ www.ntv.ru/news/index.jsp?nid=15829

¹⁴ Баскин Ю.Я. Указ. соч.

ботке, принятии и толковании собственно юридических норм. «Уже сейчас и особенно в будущем они могут оказаться важными в деле гуманизации и укрепления нового международного права, соответствующего более богатому, многообразному, но вместе с тем единому мышлению и ценностям человечества»¹⁵.

Данная работа является первой и, может быть, поэтому слабой попыткой взглянуть по-новому на правогенез права в целом и международного права в частности. Для понимания проблемы соотношения религии и международного права следует проникнуть не только в знание наиболее сложных философских вопросов (а не ответов на них), но ответить для себя на вопрос о самом смысле существования. Тогда, возможно, откроется истинная суть права, как и знание о единстве науки и религии, ведь «от решения вопроса об отношениях между ними и нынешним поколением зависит дальнейший ход истории. Мы имеем в данном случае дело с двумя мощнейшими общественными силами... которые оказывают влияние на людей»¹⁶.

¹⁵ Там же.

¹⁶ А.Н. Уайтхед. Цит. по: Баскин Ю.Я. Новый Завет и становление современного международного права // Правоведение. 1992. № 4.

МЕЖДУНАРОДНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Назначение адвоката на процессе против Слободана Милошевича в Гаагском трибунале: некоторые международно- правовые вопросы

*Мезяев А.Б.**

Процесс против Слободана Милошевича, идущий уже четвертый год в Гаагском трибунале, безусловно, войдет в историю. Однако войдет он в историю не как «международное правосудие в действии», как самоуверенно назвала его в самый первый день процесса главный прокурор трибунала К. дель Понте, а как одна из самых позорных страниц в этой истории. Впрочем, пожалуй, не будем пока говорить об истории, а остановимся на некоторых наиболее актуальных международно-правовых вопросах деятельности трибунала в «деле» С. Милошевича.

Таких проблем достаточно много. В первую очередь это главная проблема незаконности и безнаказанности Гаагского трибунала. Незаконность его создания обусловлена отсутствием у Совета Безопасности ООН, принявшего решение о создании трибунала, каких-либо прав на это. В результате был нарушен общий принцип права, являющийся в соответствии со статьей 38 Статута Международного Суда ООН источником международного права – «Никто не может передать другому больше прав, чем имеет сам». Налицо грубое превышение Советом Безопасности ООН своих полномочий.

Что касается безнаказанности Гаагского трибунала, то эта проблема возникла уже после того, как трибунал начал свою деятельность.

* Мезяев Александр Борисович – к.ю.н, доцент, заместитель заведующего кафедрой конституционного и международного права Академии управления, г. Казань. В течение долгого времени наблюдал процесс против Слободана Милошевича непосредственно в зале суда в Гааге.

За это время трибунал принял немало решений, которые прямо противоречат действующим нормам международного права, однако не оказалось никаких механизмов, которые бы смогли исправить это положение дел и отменить неправомерные решения. Не случайно президент Международного Суда ООН пошел на беспрецедентный шаг, заявив, что деятельность трибунала по бывшей Югославии представляет угрозу целостности современного международного права. Позицию Председателя Международного Суда ООН поддержала и Российская Федерация¹.

Данная квалификация деятельности трибунала по Югославии абсолютно точна. Более того, она представляет угрозу не только целостности международного права, но и самому международному праву. Так, например, Гаагский трибунал в своих решениях «отменил» разницу между депортацией и насильственным переселением, «отменил» конвенционное понятие вооруженного конфликта, дав ему свое собственное определение, «отменил» решение Международного Суда ООН по делу *Никарагуа против США*, «отменил» необходимость установления специального умысла для осуждения лица за преступление геноцида, «отменил» минимальные гарантии прав обвиняемых и норм, составляющих основу беспристрастного суда и честного процесса, установленные целым рядом универсальных договоров по правам человека. Особо выделяется «отмена» трибуналом права обвиняемого на защиту себя лично. Кроме того, трибунал ввел новые «нормы» международного права, такие, например, как дефективная теория «совместных преступных действий», а также «легализовал» торговлю признанием вины между обвиняемым и прокуратурой. Все это грубейшим образом противоречит действующим нормам международного права и даже Статута самого трибунала.

Каждое из перечисленных нарушений достойно отдельного анализа. Однако в рамках настоящей статьи хотелось бы подробно остановиться на одном из них – насильственном назначении адвоката бывшему президенту Союзной Республики Югославии С. Милошевичу.

На фоне перечисленных выше грубых нарушений на первый взгляд может показаться, что нарушение права обвиняемого на защиту себя лично не является самым важным. Однако в деле Слободана Милошевича это нарушение может стать решающим.

¹ См. выступление С.В. Лаврова на заседании Совета Безопасности ООН 21 ноября 2000 года // Сообщение Министерства иностранных дел РФ № 1331-23-11-2000 от 24 ноября 2000 года.

Процедурные вопросы, особенно при рассмотрении уголовных дел, могут существенно повлиять на ход процесса и его результат. В некоторых же случаях процедурные вопросы могут изменить дело полностью. Насильственное назначение (навязывание) адвоката является одним из таких процедурных вопросов. На процессе Милошевича навязывание адвоката поставило весь процесс под угрозу срыва.

Напомним, что первая попытка навязать Милошевичу адвоката была предпринята еще до начала процесса, в 2001 году. Затем эти попытки периодически повторялись.

Так, вопрос о назначении адвоката был поднят уже в первый день доставки С. Милошевича в трибунал 3 июля 2001 года. Затем были неоднократные повторные попытки со стороны прокуратуры заставить судебную палату принять решение о назначении адвоката в связи с болезнью С. Милошевича, когда он не мог присутствовать на судебных заседаниях². До апреля 2004 года, когда было вынесено последнее решение по данному вопросу, судебная палата отказывала прокуратуре в ее запросах³.

Однако 3 сентября 2004 года судебная палата Гаагского трибунала в составе П. Робинсона, О-Гон Квона и Й. Бономи приняла решение, которое привело к самому тяжелому кризису за всю и так непростую историю процесса. Слободану Милошевичу был насильственно назначен адвокат.

Постановляющая часть решения суда гласила:

«Назначить обвиняемому адвоката, который должен действовать таким образом, чтобы обеспечить фундаментальные права обвиняемого и честный и справедливый процесс.

Назначенный адвокат должен определять, как представлять защиту обвиняемого, и с этой целью он может:

- представлять обвиняемого по подготовке и проведению допроса свидетелей, которых назначенный адвокат сочтет нужным пригласить;
- представлять любые документы по вопросам права и фактов;
- запрашивать судебную палату об издании распоряжений, которые бы позволили адвокату представить защиту полным образом, включая издание ордеров на принудительный привод свидетелей в суд [...]»⁴.

² См. стенограмму заседаний от 30 августа 2001 года (с. 16), от 18 декабря 2002 года и от 30 сентября 2003 года (последнее заседание было практически полностью посвящено вопросу назначения адвоката).

³ См.: *Prosecutor vs. Slobodan Milosevic*, Reasons for [the Trial Chamber] Decision on the Prosecution Motion concerning the Assignment of Counsel of 4.04.2003.

Таким образом, неоднократные попытки навязать С. Милошевичу адвоката увенчались успехом.

Почему же столь скандальное событие, как насильственное назначение адвоката обвиняемому в середине процесса, да еще и в нарушение норм международного права, все-таки произошло?

Для того чтобы понять суть этого решения и его причины, необходимо обратиться к ходу процесса за последние три года.

Во время *Обвинительной Части* процесса прокуратура Гаагского трибунала не смогла представить никаких существенных доказательств вины С. Милошевича. Трибунал рассчитывал, что сам факт похищения и заключения в тюрьму станет достаточным, чтобы сломить волю бывшего президента Югославии. Однако этого не произошло. На удивление всего «международного сообщества» С. Милошевич стал проводить блестящую, порою просто поразительно успешную защиту. За все три года Гаагский трибунал постоянно создавал ему препятствия и даже невыносимые условия не только для нормальной защиты, но и для элементарного поддержания нормального состояния здоровья. Это были и изнурительные по длительности судебные заседания (по 8 часов и более), лишение С. Милошевича прогулки на свежем воздухе, лишение его времени отдыха, постоянный свет и постоянное видеонаблюдение в его камере, отказ в предоставлении специализированной медицинской помощи (предоставление услуг терапевта в то время, когда была необходимость срочного вмешательства кардиолога в условиях стационара) и многое, многое другое. Однако, несмотря на все это, С. Милошевич продолжал защищаться, и успешно.

Срыв Обвинительной Части процесса был очевиден. Было очевидным и то, что Гаагский трибунал смирился с его провалом⁵ и принял решение сорвать хотя бы *Защитную Часть*. Первой попыткой срыва Защитной Части стало решение суда о предоставлении С. Милошевичу всего трех месяцев для подготовки своей защиты. Для сравнения: на доказательство 66 пунктов обвинения работало более тысячи сотрудников МТБЮ в течение полутора лет. Причина такого «справедливого» решения была обозначена в решении суда достаточно открыто. Более того, она звучала даже с издевкой: «обвиняемый сам отказался от адвоката и *всех благ, которые с этим связаны*»⁶.

⁴ См.: *Prosecutor vs. Slobodan Milosevic, Reasons for [the Trial Chamber] Decision on Assignment of Defence Counsel of 22.09.2004, para 69.*

⁵ Среди прочего здесь можно назвать решение прокуратуры трибунала завершить *Обвинительную* – то есть свою – *Часть* процесса досрочно! (См.: *Trial Chamber Decision on Notification of the Completion of Prosecution Case of 25.02.2004.*)

Следующей попыткой, «на всякий случай», трибунал еще и ограничил время Защитной Части до 150 дней. Опять-таки для сравнения: прокуратура имела 300 дней!

Защита С. Милошевича должна была быть сорвана, ибо она опасна не только тем, что, безусловно, докажет его невиновность. Главное в том, что она докажет виновность реальных преступников. А это – опасность разрушения уже не дела «Прокурор против С. Милошевича», это угроза разрушения самого Гаагского трибунала, ибо он был создан по замыслу реальных преступников югославской войны и с целью их оправдания путем ложного обвинения других.

Казалось, что после всех препон в организации Защитной Части процесса дело сделано и С. Милошевич не сможет подготовить и успешно провести свою защиту. Однако Милошевич выстоял и на этот раз. Хотя и ценой значительного ухудшения состояния его здоровья, но он подготовил свою Защитную Часть и был готов дать бой всем обвинениям против него...

И вот именно в этот момент, когда стало ясно, что Защитная Часть состоится и обещает быть не просто успешной, но разрушительной для самого трибунала, С. Милошевичу насильственно назначают адвоката.

Официальной причиной насильственного назначения адвоката судебная палата назвала «плохое состояние здоровья» С. Милошевича и необходимость обеспечить «*быстрое* рассмотрение дела».

Действительно, одной из задач, поставленных Статутом Гаагского трибунала, было «обеспечение быстрого рассмотрения дела». Однако кроме быстроты, трибунал обязан обеспечить *справедливое* судебное разбирательство. И вот это как раз и стало проблемой. Дело в том, что судебный процесс не может быть признан справедливым, если во время него были нарушены права обвиняемого. Более того – *основные* права.

Статья 21 Статута Гаагского трибунала установила, что обвиняемый имеет права «как минимум» на ряд гарантий, включая право быть судимым: «...в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника»⁷.

⁶ См.: Appeals Chamber Decision on the Interlocutory Appeal by the *Amici Curiae* against the Trial Chamber Order concerning the Presentation and Preparation of the Defence Case of 20.01.2004, para 19.

⁷ См.: Статут международного трибунала // Действующее международное право. Сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривичикова. М.: Издательство Московского независимого института международного права. Том 1. 1996. С. 755-756.

Все основные международные договоры по правам человека предусматривают право на защиту себя лично от уголовного преследования как неотъемлемое и безусловное право. Это предусмотрено в Международном Пакте о гражданских и политических правах (статья 14) и в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (статья 3). Во всех документах право обвиняемого защищаться лично сформулировано как основополагающее, минимальное право и не предусматривает никаких оговорок или исключений.

Таким образом, Гаагский трибунал лишил С. Милошевича минимального права, установленного целым рядом международно-правовых актов, а также статутом самого трибунала.

Столь грубое нарушение норм международного права и даже собственного статута не могло не потребовать от трибунала попыток оправдаться. Это, конечно, было сделано. Но попытка оправдать отмену международно-правового определения минимальных гарантий обвиняемого, составляющего основу справедливого судебного процесса, не выдерживает никакой критики. Откровенно говоря, возникает впечатление, что Гаагский трибунал не предполагает, что его решения будут читаться юристами-международниками. О спешке, в которой готовилось решение, и о трудностях, связанных с его обоснованием, говорит и тот факт, что первоначально решение было вынесено (точнее – оглашено) 3 сентября, а письменное обоснование было опубликовано... через три недели!

Рассмотрим некоторые аргументы суда.

В своем решении судебная палата ссылаясь на медицинское заключение двух врачей – тюремного и «независимого» (но почему-то из Бельгии – страны НАТО, которая участвовала в бомбардировках Югославии для свержения Милошевича...). В своем заключении эти врачи утверждали, что состояние здоровья С. Милошевича столь плохо, что он не может защищать себя сам. Учитывая тот факт, что за прошедшие три года судебный процесс несколько раз прерывался из-за тяжелой болезни С. Милошевича, судьи сделали вывод: ему «необходим адвокат». В условиях, когда в ряде международных договоров и даже в самом Статуте МТБЮ право обвиняемого на защиту лично предусмотрено как неотъемлемое, трибуналу пришлось использовать свое толкование и норм международного права, и своего статута. Благо он «объясняет» свои нарушения международного права далеко не в первый раз⁸.

Схема «толкования» представляется следующей:

1) *Право на защиту лично не является абсолютным => 2) Милошевич постоянно болеет, и его болезнь прогрессирует => 3) Для обеспечения быстрого рассмотрения дела теперь необходим адвокат.*

На слушаниях в сентябре 2004 года С. Милошевич обратил внимание судьи П. Робинсона на то, что Председателю Совета Безопасности ООН была передана петиция более ста юристов-международников из 17 стран мира, в которой они изложили свою аргументацию, убедительно доказывающую незаконность насильственного назначения адвоката:

«С. Милошевич: Я собираюсь зачитать несколько цитат из этого документа, господин Робинсон.

Судья Робинсон (отключает микрофон): Нет. Я останавливаю вас. Я не буду это слушать. И суд не будет это слушать. Мы уже все решили»⁹.

Отказ суда заслушать аргументацию более ста юристов мира был вполне обоснован. Конечно, судья Робинсон был ознакомлен с этим текстом и он понимал, что петиция не оставляет камня на камне от «толкования» судебной палаты. Так, в петиции отмечалось, что насильственное назначение адвоката нарушает не только международное право, Статут самого трибунала, но и предыдущие решения этой же самой судебной палаты. Статут Гаагского трибунала обязывает судей обеспечить справедливый и быстрый процесс с полным соблюдением прав обвиняемого. Полным!!! Однако, подчеркивается в петиции, быстрота стала самым важным фактором, волнующим судебную палату, особенно в тот момент, когда обвиняемый готов представить основные и потенциально сложные свидетельства в свою защиту¹⁰.

⁸ Среди таких решений, грубейшим образом нарушающих действующее международное право путем своего собственного толкования, можно назвать, например, издание тайных ордеров на арест. Этот произвол Гаагского трибунала жестко критиковала Российская Федерация. (См., например: выступление Представителя РФ на заседании 55 сессии Генеральной Ассамблеи ООН 14 марта 2001 года // Сообщение МИД РФ № 431-16-03-2001 от 16 марта 2001 года).

⁹ См. стенограмму судебного заседания от 2 сентября 2004 года. С. 32359.

¹⁰ Полностью с текстом петиции можно ознакомиться на сайте Международного Комитета в защиту С. Милошевича: www.icdsm.org/lawappeal.htm

Весьма четко определил ситуацию итальянский профессор международного права Альдо Бернардини (Рим): «Судьи должны знать, что никакая аналогия или больше чем расширительное толкование права невозможны. *In claris non fit interpretatio* – никакое [свое] толкование недопустимо там, где буква закона ясна. Статья 21.4 Статута МТБЮ ясно устанавливает, что обвиняемому «должны быть обеспечены следующие минимальные гарантии: «...d) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или посредством выбранного им самим адвоката». Данная формулировка ясна и не допускает никаких отклонений или исключений. Трибунал не может ни заставлять обвиняемого выбирать между «защитой лично» и «защитой посредством адвоката», ни оказывать давление в отношении выбора адвоката»¹¹.

Даже если и поверить в то, что необходимость провести «быстрый суд» была главной причиной, побудившей трибунал назначить Милошевичу адвоката, следует признать, что решение от 22 сентября 2004 года не достигло заявленной цели и содержит грубую ошибку применения права.

«Скорость» процесса является элементом справедливого судебного процесса лишь в определенных границах. Так, например, цель установления истины не может быть принесена в жертву скорости рассмотрения дела. То же самое относится и к минимальным гарантиям прав обвиняемого. Таким образом, скорость рассмотрения дела является факультативной по отношению к основным понятиям, прежде всего по отношению к установлению истины и соблюдению прав обвиняемого. Кроме того, абстрактное, формально не определенное понятие скорости было поставлено над четко определенным понятием гарантий обвиняемого. Эта четкость достигается применением понятия «минимальные».

С учетом всех обстоятельств данного дела судебный процесс с перерывами, вызванными болезнью обвиняемого, не противоречит принципу быстроты рассмотрения дела! Таким образом, данное решение является прежде всего манипуляцией толкования понятия «быстрота»¹².

¹¹ Письмо протеста профессора Бернардини от 3 сентября 2004 года.

¹² Имеются и многие другие аргументы, доказывающие это. Так, трибунал не отказывает себе в постоянных «праздниках ООН», во время которых судебные заседания отменяются, а также в длительных каникулах в декабре-январе и в августе каждого года, что в целом составляет большой перерыв, чем все дни болезни С. Милошевича вместе взятые. Почему-то никто не обеспокоен тем фактом, что во время праздничных «рождественских каникул» и «летнего отдыха», которые длятся почти два месяца

Особо привлекает к себе внимание несостоятельность источников, примененных судом для оправдания своего решения. Так, центральный тезис обоснования – «право на защиту лично не является абсолютным» – доказывался с помощью ссылок на судебную практику отдельных государств. Во-первых, ссылка на «практику государств» постоянно оборачивается ссылкой на практику Великобритании, США и еще нескольких стран Запада (что вполне объяснимо, учитывая, что большинство сотрудников трибунала – англичане и представители других стран англо-американского права и стран НАТО). Во-вторых, решения иностранных судов не являются источниками международного права, но только вспомогательными средствами толкования. Таким образом, применимость судебной практики государств при вынесении решения по делу ограничивается лишь возможностью иллюстрации однотипного толкования *реальных* источников права. Иными словами, иностранное судебное решение может быть приведено только в качестве примера того, что разные государства приходят к тем же выводам при применении реального источника права, к тем же результатам, что и данный суд.

В анализируемом же решении судебная практика нескольких государств была представлена в качестве нормы международного права, причем в нарушение *реальных* норм международного права! Этот трюк наглядно доказывает полную юридическую несостоятельность данного решения.

Более того, суд нарушил и другой фундаментальный принцип допустимости ссылки на те или иные судебные решения – принцип применимости. Строго говоря, даже в национальном праве отдельных государств не все судебные решения, а только судебные прецеденты рассматриваются как источники права. Фундаментальной характеристикой судебного прецедента является признак применимости, то есть наличия идентичных обстоятельств двух дел. Что же мы наблюдаем при попытке применить отдельные судебные решения в деле С. Милошевича? Решения судов Англии и США по делам о сексуальных домогательствах! Думаем, комментарии излишни. Неприменимость данных решений в «деле» С. Милошевича очевидна.

ца, обвиняемые должны смириться с прерыванием их процессов. На этом фоне рассмотрение болезни обвиняемого как препятствия быстрому рассмотрению дела выглядит явным цинизмом. Однако в рамках данной статьи мы не будем развивать другие аргументы, доказывающие это.

Однако аргументация суда, кроме ее юридической несостоятельности, отличается еще и цинизмом высшей пробы. Во время одного из судебных заседаний судья Квон пытался уговорить С. Милошевича прекратить сопротивление следующими словами: «Господин Милошевич, мы только заботимся о вашем здоровье».

Оценить весь цинизм этой заботы может только тот, кто видел, что С. Милошевича доставили в зал суда в тот момент, когда его давление составляло 240 на 135 (!!!). В этот день на глазах у всего мира была, по существу, предпринята попытка убийства С. Милошевича, ибо по-другому такие действия квалифицировать просто невозможно. И вот теперь, после трех лет издевательства и жестокого обращения (о чем Милошевич неоднократно жаловался суду – и все безрезультатно!), судьи вдруг «озаботились» его здоровьем.

Судья Квон продолжал: «Мы защищаем вас, господин Милошевич, от вас самого. Если мы позволим вам защищаться самому, ваше здоровье ухудшится».

Интересно, однако, что судьи обосновали свое решение заключением двух своих врачей, объективность которых была оспорена, но запретили новую независимую врачебную экспертизу!

Данный вопрос рассматривался и в Апелляционной палате трибунала. Назначенный «адвокатом» С. Милошевича англичанин Стивен Кэй обратил внимание Апелляционной палаты на то, что «его» подзащитный не признал обвинения прокуратуры в саботаже назначенного лечения и для доказательства этого потребовал новую экспертизу независимых врачей из Югославии, России и Греции. Судебная палата большинством голосов отказала в назначении новой экспертизы. Кэй назвал это очевидной ошибкой в осуществлении палатой своих полномочий. Он заявил, что данный вопрос «затрагивает права обвиняемого и всю Защитную Часть процесса вообще, а среди основных прав обвиняемого нет более важного права, чем представлять свою защиту именно так, как хочет ее сам обвиняемый, а не кто-либо еще»¹³.

Важно отметить, что здесь особую «приткость» проявил прокурор трибунала Джеффри Найс, который сознательно распускал слухи о том, что ухудшение состояния здоровья С. Милошевича происходит по... его собственной вине, так как он не следует указаниям врачей и не принимает прописанных им тюремными врачами лекарств.

¹³ Стенограмма слушаний в Апелляционной палате от 21 октября 2004 года. С. 11, 13.

Лживость этих утверждений была доказана самим С. Милошевичем, который на судебных слушаниях заявил:

«Получается, что вы сами не знаете, что происходит в вашей собственной тюрьме. Как ваш заключенный я обязан принимать все предписанные мне лекарства в присутствии охраны. После этого они проверяют «проглоченность» лекарства и фиксируют это в своем журнале»¹⁴.

О том, что целью насильственного назначения адвоката Милошевичу была не забота о его здоровье и уж тем более не обеспечение справедливого судебного процесса, говорят и другие факты. На фоне абсолютно незаконного и столь грубым образом совершенного навязывания адвоката этот аспект остался несколько в тени, но он выдает Гаагский трибунал с головой. Речь идет о том, что вновь назначенному защитнику Стивену Кэю не было предоставлено ни одного дня (!!!) для подготовки защиты. Новому адвокату было предписано начать защиту буквально на следующий день. А ведь Статут самого трибунала предусматривает обязанность суда предоставить обвиняемому «достаточное время для подготовки защиты»¹⁵.

Такую рекомендацию суду, кстати, сделал прокурор Дж. Найс. Несмотря на то, что рекомендация Найса была удивительно наглой, и более того – прямо противоречила Статуту трибунала, суд безоговорочно последовал ей.

На вопрос судьи Квона, потребуется ли назначенному адвокату дополнительное время для подготовки защиты (какой вопрос!!!), прокурор Найс ответил буквально следующее: «За то время, пока будут давать показания первые свидетели, назначенный адвокат войдет в курс дела»¹⁶.

Как ни странно, но суд действительно последовал этой рекомендации.

Еще более странно, что не потребовал времени для подготовки защиты своего обвиняемого... и сам назначенный адвокат С. Кэй!

О роли С. Кэя стоит сказать особо. Дело в том, что трибунал в течение длительного времени не мог найти юриста на роль «навязанного» адвоката. До этого дважды отказался от предложения бывший *амикус куриа* Бранислав Тапушкович. Неоднократно отказывался и сам Кэй. Однако позднее стало ясно, что его отказ был лишь спектаклем. «В конце концов» С. Кэй согласился стать адвокатом Милошевича. Милошевич отказался сотрудничать с любым адвокатом.

¹⁴ См. стенограмму судебного заседания 1 сентября 2004 года. С. 32329.

¹⁵ Статут трибунала, статья 21.4.b.

¹⁶ См. стенограмму судебного заседания 1 сентября 2004 года. С. 32312.

Кэй попытался допросить несколько свидетелей, но потерпел полный крах. И дело здесь было, конечно, не только в массовом отказе свидетелей защиты прибыть в Гаагу для дачи показаний (об этом мы поговорим чуть ниже), но и в том, что ни один адвокат в мире не знает и не может знать то, что знает С. Милошевич. В данном деле только сам С. Милошевич может осуществлять свою защиту. Есть и еще один очень важный аспект. Англичанин С. Кэй ничего не знает о Югославии. То же самое относится и к британскому прокурору Найсу. То же самое можно сказать о судьях. Это особенно ярко проявилось во время показаний свидетеля защиты (подчеркнем еще раз – свидетеля *защиты*) Д. Джатраса.

«С. Милошевич (обращаясь к председательствующему судье): Господин Робинсон, ваш юрист потратил 2 часа зря, не задав свидетелю ни одного существенного вопроса о его непосредственных знаниях.

Судья Робинсон: Судебная палата не видит никаких проблем в том, как господин Кэй проводит свой допрос»¹⁷.

Позднее сам Д. Джатрас заявил, что адвокат Кэй не задал ему тех вопросов, которые составляют важнейшую часть его знаний, прямо относящихся к вопросам, затронутым на настоящем процессе.

Особое место, конечно, следует уделить поведению свидетелей защиты. Оно сыграло в данной истории решающую роль.

Сразу же после объявления о насильственном назначении С. Милошевичу адвоката свидетели защиты стали отказываться прибыть в Гаагу для дачи показаний. При этом все свидетели заявляли свою решимость дать показания, но только после того, как С. Милошевичу вернут его право на защиту.

Отказ свидетелей защиты участвовать в фарсе был столь массовым, что суд был вынужден отступить. Процесс просто не мог продолжаться, так как не оказалось свидетелей, согласившихся прибыть в суд.

Поиск разрешения кризиса был длительным и сумбурным. Первоначально планировалось просто выписывать ордера на принудительный привод свидетелей для дачи показаний. Однако это означало дискредитировать себя полностью. Не был готов суд и к тому, чтобы решить ситуацию с отказом свидетелей давать свои показания и после принудительного привода в зал суда.

¹⁷ См. стенограмму судебного заседания от 9 сентября 2004 года. С. 64632-64634.

Несмотря на провал своей попытки сорвать защиту С. Милошевича, суд пытался сохранить свое лицо и делать вид, что полностью контролирует ситуацию. На одном из заседаний судьи предупредили Милошевича, что независимо от его позиции и позиции свидетелей процесс все равно будет продолжаться, и вся ответственность [читай: за отсутствие показаний в его защиту] будет полностью лежать на нем самом¹⁸!

Не вышло. В связи уже не с угрозой срыва, а наступившим срывом процесса Апелляционная палата была вынуждена вернуть С. Милошевичу право защищаться самому.

Судья П. Робинсон как-то «напомнил», что процесс прерывался уже 12 раз из-за плохого состояния здоровья С. Милошевича, и заявил, что опыт показывает, что это вновь неизбежно случится еще не раз. «Из нашего опыта мы знаем, что через два месяца мы опять будем вынуждены прервать процесс. Только идиоты не учатся на своем опыте», – заключил судья.

Что ж, в который уже раз судьи Гаагского трибунала не сделали вывода из своего опыта! Удивительно, но трибунал до сих пор не понял, что произвол и насилие над международным правом всегда оборачиваются против самого нарушителя.

Может возникнуть вопрос: не являлось ли поведение свидетелей попыткой оказать давление на суд?

Британский судья лорд Й. Бономи попытался свести массовый отказ свидетелей защиты к тому, что это «всего лишь их собственная интерпретация» событий.

Однако следует иметь в виду, что свидетели защиты – это не свидетели прокуратуры, которые давали показания то под угрозами, то за вполне материальные блага¹⁹. Свидетели С. Милошевича – люди иного уровня. Они вполне способны самостоятельно, без гаагских судей оценить сложность ситуации. Поэтому в определенной степени можно согласиться с квалификацией данной ситуации, данной Бономи. Это действительно было их, свидетелей, собственное толкование права. И с этим толкованием, безусловно, можно согласиться.

¹⁸ Там же. С. 64724.

¹⁹ Таковыми были, как вскрылось прямо во время судебных заседаний, свидетели Р. - Маркович, К-5 и многие другие.

Право на сопротивление незаконной власти и вообще беззаконию, несмотря на то, что оно зафиксировано в немногих правовых актах, является нашим неотъемлемым нравственным и юридическим правом. Свидетели защиты совершенно обоснованно использовали свое право на сопротивление беззаконию.

Вся проблема МТБЮ в том, что свидетели защиты оказались людьми, способными самостоятельно отделить законность от произвола.

Определение законности и его «толкование» не являются исключительной компетенцией лорда Бономи. Это находится в компетенции любого потенциального свидетеля, вызываемого в Гаагский трибунал.

Свидетели имеют право решать, участвовать ли им в судебном процессе, который они рассматривают как показательный политический процесс. Это их безусловное право.

Российские свидетели также отказались от участия в таком процессе на абсолютно законных основаниях.

Так, бывший Председатель Совета Министров СССР Н.И. Рыжков в своем заявлении указал, что он был приглашен свидетелем Слободаном Милошевичем и дал свое согласие именно ему, а не Кэю, которого С. Милошевич не признает в качестве своего адвоката²⁰.

Бывший Председатель Правительства РФ Е.М. Примаков заявил, что «прямое нарушение международного права» со стороны трибунала вынудило его отказаться от выступления в качестве свидетеля²¹.

Итог всем аргументам 265 свидетелей, отказавшихся от участия в *таком* процессе, подвел бывший начальник Управления международных связей Генерального штаба армии РФ генерал Л. Ивашов. Он заявил: «В сложившихся обстоятельствах мои показания могут быть использованы не в пользу, а против С. Милошевича и не будут служить установлению истины... Я отказываюсь участвовать в таком процессе»²².

Оказавшись в полной изоляции, С. Кэй подал... апелляцию на свое собственное назначение! Таким образом, формально выполняя «волю своего клиента», Кэй подал апелляцию на свое собственное решение согласиться стать адвокатом С. Милошевича.

Апелляция С. Кэя вызвала резкую реакцию прокуратуры. Ею был подготовлен обширный документ, в котором были представлены аргу-

²⁰ Заявление Н.И. Рыжкова // Сообщение информационного агентства РИА-Новости от 7 сентября 2004 года.

²¹ Заявление Е.М. Примакова // РИА-Новости, 21 сентября 2004 года.

²² Заявление Л.Г. Ивашова // РИА-Новости, 9 сентября 2004 года.

менты о правильности назначения судебной палатой адвоката С. Милошевичу. Однако в своем ответе на апелляцию С. Кэя прокуратура трибунала пошла еще дальше, чем судьи, и представила «дополнительные» аргументы, которые якобы были не рассмотрены судебной палатой. Так, прокурор отметил, что основаниями для насильственного назначения адвоката С. Милошевичу являются:

- его поведение во время процесса;
- манипуляция временем суда и неподчинение советам врача;
- масштаб и сложность рассматриваемого дела.

Более того, прокурор заявил, что, несмотря на то, что судебная палата приняла верное решение, она совершила две ошибки в юридическом обосновании принятого ей решения.

Так, первая ошибка заключалась в том, что судьи истолковали понятие «справедливость» процесса (*fair trial*) только в отношении обвиняемого, а вторая – в том, что судьи не основали свое решение на «интересах правосудия» (*interests of justice*) так, как это предписано в статье 21.4.d Статута трибунала.

Рассмотрим эти аргументы подробнее.

Наиболее важным, безусловно, является аргумент о том, что минимальные права обвиняемого не могут быть нарушены в интересах быстрого рассмотрения дела. Впрочем, это относится и к любым другим «интересам». Минимальные права потому и называются минимальными, что они не подлежат ограничению. Эти права составляют то, что не может быть отобрано у обвиняемого.

Пытаясь опровергнуть это, прокурор Дж. Найс смог сослаться только на так называемую практику международных судов, утверждая, что она «подтверждает общий принцип, согласно которому право на защиту себя лично является квалифицированным, но не абсолютным правом». Откуда прокурор Найс взял этот «общий принцип», не ясно, и он воздерживается от ссылки на источник. В то же время, даже если допустить верность данного тезиса в качестве рабочей гипотезы (конечно, мы не можем признать за личными выводами Дж. Найса статуса «общего принципа»), то и в этом случае «подтверждения» его практикой международных судов не получается.

На самом деле речь идет отнюдь не о том, может ли это право быть отобрано у обвиняемого или ограничено. Речь идет о том, насколько обоснованно утверждение о подтверждении международной судебной практикой тезиса о «неабсолютности» данного права.

Так, суд проигнорировал практику Комитета по правам человека (ошибочно названного прокурором Комитетом ООН). Например, в решении по делу *Michael & Brian Hill vs. Spain* (Communication # 526/1993) Комитет по правам человека признал Испанию, отказавшую заявителям жалобы в праве на защиту себя лично, нарушением статьи 14.3.d Международного Пакта о гражданских и политических правах. Судебная палата Гаагского трибунала, однако, не приняла во внимание это решение, сославшись на то, что «Комитет в данном решении не представил своих аргументов».

Весьма странным выглядит и аргументация судебной палаты о том, что «обстоятельства того дела весьма отличны от тех, которые существуют в настоящем деле». Странность этого аргумента заключается в том, что судебная палата, не смущаясь, рассматривала дела о сексуальном насилии как подтверждение факта возможности лишить обвиняемого права на защиту себя лично. Если уж какие-то обстоятельства дела и «весьма отличны» от дела С. Милошевича, так это как раз дела о сексуальном насилии. Однако повторим, судьи не смутились полным отсутствием аналогии в рассматриваемых категориях дел и неоднократно обращались к практике государств, касающейся рассмотрения дел о сексуальном насилии. Впрочем, данный подход говорит о многом: у судей просто *не было ничего другого*, на что они могли бы сослаться!

С другой стороны, в своем решении по делу *Torregrosa Lafeuente et al vs. Spain* (Communication # 866/1999) Комитет по правам человека не установил в требовании испанского закона об обязательном представлении дела адвокатом в Конституционном Суде нарушения статьи 14.1 и статьи 26 Пакта о гражданских и политических правах и, таким образом, признал жалобу неприемлемой. Однако обстоятельства этого дела не имеют абсолютно ничего общего с обстоятельствами дела С. Милошевича.

Таким образом, все аргументы, которые были представлены как судебной палатой, так и прокуратурой, основаны не на нормах международного права, а на собственных тезисах, не получивших подтверждения.

Обосновывая свое требование к Апелляционной палате трибунала подтвердить насильственное назначение адвоката С. Милошевичу, прокурор Найс демонстрирует весьма любопытное «видение» позиции С. Милошевича:

«В этом процессе обвиняемый не разделяет концепцию своих наилучших интересов. Его действия выглядят таким образом, что он не желает быть оправданным или получить наименьшее наказание. Его действия выглядят таким образом, что они мотивированы задачами, полностью выходящими за рамки компетенции данного суда – защищать всю сербскую нацию или получить свои политические очки. Возможно, он думает, что, представляя такие аргументы, он может быть оправдан или получить смягчение наказания».

Трудно сказать, чего в данном пассаже больше: высшей степени цинизма или высшей степени некомпетентности. Ибо и того, и другого у гаагских прокуроров более чем достаточно.

Особое внимание привлекает заключительная часть представления прокурора Найса о том, что судебная палата, несмотря на верное решение, ошиблась в его юридическом обосновании. В первую очередь прокурор Найс связал это с поведением обвиняемого.

Однако аргументы прокурора заслуживают особой оценки! Так, особую обиду вызвало у прокурора то, что «С. Милошевич называет судей не «Ваша Честь», а прокурора Уерт-Ретцзлаф²³ – «этой леди напротив»²⁴!

«Только представьте себе, что сделали бы судьи США или Великобритании, если обвиняемый назвал бы их «мистер»!» – восклицает прокурор Найс в своем Представлении²⁵.

Прокурор указал также на то, что С. Милошевич якобы постоянно и сознательно задает недопустимые и не относящиеся к делу вопросы и, таким образом, затягивает время суда.

Во время слушаний в Апелляционной палате 21 октября 2004 года президент МТБЮ Т. Мерон задал «адвокату» Кэю вопрос, имеются ли дополнительные составные части концепции справедливости, которые должны быть рассмотрены в отношении права С. Милошевича на защиту себя лично. С. Кэй совершенно справедливо обратил внимание Апелляционной палаты на то, что по статье 20 Статута трибунала суд должен обеспечить процесс «справедливо» и «быстро». Но при этом – «при полном обеспечении прав обвиняемого».

²³ Одна из ведущих прокуроров процесса против С. Милошевича.

²⁴ См.: Prosecution Response to “Assigned Counsel Appeal Against the Trial Chamber’s Decision on Assignment of Defense Counsel” of 11.10.2004, para. 91.

²⁵ Ibid., para 85.

При попытке президента трибунала Мерона свести вопрос к «балансированию одних прав с другими» С. Кэй довольно жестко ответил: «Вы можете балансировать во время принятия решения, но вы обязаны применять право. А право не позволяет вам балансировать в данном конкретном вопросе. Речь идет о минимальной гарантии. Судьи обязаны применять Статут, на основании которого они и обладают юрисдикцией [рассматривать данное дело]»²⁶.

Конечно, не аргументы, представленные С. Кэем (они были хорошо известны суду задолго до слушаний), но полный провал процесса из-за отказа свидетелей защиты участвовать в таком беззаконии заставил Апелляционную палату отступить.

В своем решении от 1 ноября 2004 года Апелляционная палата Гаагского трибунала постановила, что решение о назначении адвокатов было правильным, но... до тех пор, пока С. Милошевич здоров и может присутствовать на судебных заседаниях, он может лично вести свою защиту²⁷. Нет смысла комментировать данное решение. Очевидно, что оно полностью противоречит аргументам судебной палаты, но при этом подтверждает правоту принятого ей решения. Комментарии излишни потому, что абсолютно ясна причина такого решения – надо было спасти процесс и одновременно спасти лицо суда.

Что касается С. Кэя и Дж. Хиггинс (второго назначенного адвоката), то, оказавшись в полной изоляции (из-за бойкота свидетелей) и даже без какой-либо работы (после решения Апелляционной палаты), они подали прошение об отставке. В течение трех драматических дней слушаний по их прошению Кэй и Хиггинс пытались доказать, что они более не могут выполнять свои обязанности в данном деле.

Однако и сам суд оказался в не менее сложной ситуации. Апелляционная палата, вернув С. Милошевичу право защищаться лично, в то же время подтвердила «правильность» назначения ему адвоката. Попытка сохранить лицо судебной палаты и всего трибунала привела к вынесению решения, которое невозможно выполнить.

Более чем через месяц после завершения слушаний об отставке судебная палата вынесла свое решение. Она отказалась удовлетворить прошение об отставке Кэя и Хиггинс. Фактически ее единственным аргументом было то, что она «не установила никаких причин, оправдывающих отставку адвокатов»²⁸. Остались без ответа практически все аргументы Кэя, включая аргумент о том, что адвокат не может про-

²⁶ Стенограмма слушаний в Апелляционной палате от 21 октября 2004 года. С. .22.

²⁷ См.: Appeals Chamber Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defense Counsel of 1.11.2004, paras 19 and 20.

водить защиту, которую он не знает. Проведение же «своей» (то есть Кэя) защиты, чего требовали от него судьи, означает нарушение основополагающего принципа деятельности адвоката «представлять» своего подзащитного. В создавшейся же ситуации С. Кэй может представлять кого угодно: себя, суд, прокуратуру, но только не «своего подзащитного».

Официальными причинами решения судебной палаты от 22 сентября 2004 года были названы плохое здоровье обвиняемого и необходимость положить конец частым перерывам в ходе процесса из-за болезни обвиняемого. Каков же оказался результат решения?

Была ли решена проблема здоровья С. Милошевича? Нет. Наоборот, психологический стресс из-за грубейшего нарушения его прав мог только усилить течение болезни. (Об этом весьма настойчиво напоминал судьям С. Кэй – ответа с их стороны не последовало, они просто проигнорировали этот аргумент). Даже если бы С. Милошевич и принял бы «помощь» адвоката, это никак не сняло бы с него нагрузки по подготовке защиты: инструктаж адвоката, ничего не знающего о деле и свидетелях, поглотил бы не меньшее, если не большее время, чем самостоятельная работа со свидетелями.

Была решена проблема «справедливого судебного процесса»? Нет. Изъятие у обвиняемого его минимального права не требует здесь особых комментариев.

Наконец, может быть, была решена проблема перерывов в процессе и обеспечения его быстрого хода?

Нет, и эта цель не была достигнута. Наоборот, назначение адвоката в середине процесса *неизбежно* должно было повлечь новую остановку процесса для того, чтобы дать время вновь назначенному адвокату подготовить защиту. Этот перерыв не состоялся только потому, что вопреки своим обязанностям суд не предоставил, а «адвокат» не потребовал такого перерыва.

Таким образом, ни одна из заявленных целей не была *и не могла быть* достигнута данным решением.

Возможно ли было достигнуть эти цели, даже если поверить, что они были реальной мотивацией судебной палаты, другими средствами?

Да, это было возможно.

²⁸ См.: *Prosecutor vs. Slobodan Milosevic*, Trial Chamber Decision on Assigned Counsel's Motion for Withdrawal of 7.12.2004, para 26.

Во-первых, необходимо было прекратить чинить обвиняемому препятствия в подготовке его защиты и нарушать его права во время содержания под стражей²⁹.

Во-вторых, необходимо было сделать перерыв для восстановления здоровья обвиняемого и подготовки его защиты, по крайней мере на тот же период времени, который имела прокуратура.

В-третьих, следовало освободить С. Милошевича из-под стражи. Это допускается правилами трибунала, и в ряде случаев обвиняемые (в основном албанцы, хорваты и мусульмане) находились на свободе.

Недостижение ни одной из заявленных целей и возможность достижения их другими средствами и способами являются еще одним доказательством наличия иных целей. К сожалению, мы не можем сказать о том, что эти иные цели не были достигнуты. Да, часть из них достигнута не была, но другая часть этих скрытых целей достигнута. Несмотря на то, что трибунал был вынужден отменить назначение постоянно действующих и проводящих свою защиту адвокатов, все-таки эти адвокаты назначены и продолжают действовать в качестве *stand by counsel*. Это означает, что попытки сорвать или предельно осложнить защиту Милошевича будут предприниматься в будущем.

Таким образом, ситуация на Защитной Части процесса в настоящее время следующая: С. Милошевичу милостиво разрешили вести свою защиту самостоятельно, но только до тех пор, пока он здоров. За ним сохранили навязанных ему адвокатов, которые в случае ухудшения состояния его здоровья (о чем позаботятся) возьмут защиту на себя.

Это означает, что С. Милошевичу запретили заболеть. Суд связал его возможное заболевание в будущем (а точнее – обострение его хронической и прогрессирующей болезни) с лишением его минимального права на личную защиту, что является грубейшим нарушением действующих норм международного права.

В этой ситуации необходимо отдавать себе отчет в том, что навязывание адвоката обвиняемому означает введение нового участника процесса, с которым он должен вести борьбу в добавление к официальному прокурору.

Процесс, проведенный со столь систематическими и грубыми нарушениями прав обвиняемого, не может и никогда не будет признан международной общественностью как справедливый.

²⁹ В данной статье мы опускаем анализ вопроса о законности содержания С. Милошевича под стражей. Отметим лишь, что его похищение и насильственное удержание представляют собой отдельное преступление, организованное МТБЮ совместно со странами НАТО.

Институт экстрадиции (выдачи): опыт национально-правовой регламентации

Сафаров Н.А. *

Экстрадиция (выдача) как осуществляемая в отношениях между государствами процедура доставки правонарушителя¹ под компетентную юрисдикцию с целью уголовного преследования либо исполнения назначенного судом наказания², как правило, основывается на положениях международных договоров. Именно нормы договоров позволяют облекать в правовую форму взаимосогласованные обязательства по выдаче лиц, совершивших преступления, добиваться единых подходов к вопросам экстрадиции (правило «двойного вменения», «специализации» и т.д.).

Ш. Бассиуни, исследуя проблемы выдачи, отмечал, что «государства в целом рассматривают экстрадицию как суверенный акт. Большинство государств исходят из того, что обязательство экстрадиции создается посредством договоров. В отсутствие международных обязательств государства могут взаимодействовать в соответствии с принципом взаимности и вежливости, которые являются частью междуна-

* Сафаров Низами Абдуллаевич – к.ю.н., заведующий отделом Административного и военного законодательства Аппарата Национального Собрания (Парламента) Азербайджанской Республики, эксперт подразделения по борьбе с терроризмом Управления ООН по наркотикам и преступности.

¹ Термин «правонарушитель» используется для целей данной работы как обозначающий обвиняемых либо осужденных, в отношении которых применяются экстрадиционные процедуры.

² См. об этом подробнее: *Shearer I. Extradition in International Law. Leiden. 1971; Biondi C. International Extradition and World Public Order. Leiden, 1974; Chartres B. The Law and Practice of Extradition. F.B. Rothman. 1981; Jones A. Jones on Extradition. London, 1995; Gilbert G. Aspects of Extradition Law. Dodrecht, 1991; Ford M. The Law of Extradition in UK. London, 1995; Gilbert G. Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms. Dodrecht, 1998; Stanbrook I., Stanbrook C. Extradition Law and Practice. Oxford: Oxford University Press, 2000; Лукашук И.И., Наумов А.В. Выдача обвиняемых и осужденных в международном уголовном праве. М., 1998; Минкова Ю.В. Принципы института выдачи (экстрадиции) в международном праве. М.: Изд. РУДН, 2002; Волженкина В.М. Выдача в российском уголовном процессе. М.: Юрлитинформ, 2002; Васильев Ю. Институт выдачи преступников (экстрадиции) в современном международном праве. М., 2003; Бойцов А.И. Выдача преступников. СПб.: Изд. «Юрид. центр Пресс», 2004; и др.*

родного принципа взаимного сотрудничества и дружбы между нациями... Государства в отсутствие договорной основы могут удовлетворить либо отклонить экстрадицию в соответствии с национальным законодательством, предусматривающим подобную возможность...»³. Таким образом, если государства, вовлеченные в экстрадиционный процесс, не связаны соответствующими обязательствами согласно двусторонним или многосторонним договорам по оказанию правовой помощи либо выдаче правонарушителей, то в этом случае решающая роль будет принадлежать национальному законодательству запрашиваемого государства, дополняющего в качестве важнейшего составного элемента систему правового регулирования экстрадиции.

Экстрадиция представляет собой достаточно сложную юридическую процедуру, которая регулируется различными отраслями национального законодательства, и в частности конституционным, уголовным, уголовно-процессуальным и т.д. Так, к примеру, именно конституционные нормы устанавливают такие фундаментальные принципы (правила) в сфере экстрадиции, как невыдача собственных граждан, отказ от выдачи лица, преследуемого за политические убеждения, исключение отдельных уголовных деяний из категории «защищаемых политических преступлений»⁴ и т.п. Вместе с тем самое непосредственное значение для выдачи имеют консолидированные внутригосударственные правовые акты – национальные законы об экстрадиции.

Практика принятия национальных законов об экстрадиции имеет длительную историю. Достаточно упомянуть, что впервые закон о выдаче был принят в 1833 г. в Бельгии. Затем подобные законы приняли Великобритания (1870 г.), Нидерланды (1875 г.), Швейцария (1892 г.), Франция (1927 г.), Германия (1929 г.) и другие государства⁵. Собственный закон об экстрадиции был принят в 1911 г. и в России. Причем тщательность юридической проработки обеспечила ему полное соответствие европейскому уровню экстрадиционной практики начала XX в.⁶

³ *Bassiouni C.* International Extradition: United States Law and Practice. New York: Transnational Publishers, 1996. P. 17. См. также: *Botha N.* Extradition on the Basis of the Treaty // *South African Yearbook of International Law*. 2000. Vol. 25. P. 245-255.

⁴ Согласно ст. 13 (3) Конституции Испании, не подлежат выдаче лица, совершившие политические преступления, к которым не относятся террористические акты. См. об этом: *Constitutions of Europe*. Text Collected by the Council of Europe Venice Commission. Vol. II. Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

⁵ *Von Moock M.* Auslieferungrechtliche Probleme an der Wende vom. 19 zum 20 Jahrhundert. Nomos, 2001.

В настоящее же время национальные законы об экстрадиции действуют в Австрии, Бельгии, Германии, Великобритании, Канаде, во Франции, в Израиле, Индии, Испании, Швеции, Исландии, Коста-Рике, Португалии и других странах. Среди государств, ранее входивших в бывший Союз ССР, впервые закон об экстрадиции был принят в 2001 г. Азербайджанской Республикой.

Как показывает сравнительный анализ, национальные законы базируются в основном на одних и тех же исходных, базисных правовых принципах с учетом некоторых особенностей, вытекающих из собственных правовых традиций, специфических черт правовой системы государств и т.д.

Мы уже подчеркивали ведущую роль международного договора (двустороннего либо многостороннего) для регулирования отношений по выдаче. Что же касается национального закона, это незаменимый юридический инструмент в случае отсутствия межгосударственных соглашений. Ссылку на применение национальных законодательных актов в отношении ситуаций, когда между заинтересованными сторонами не существует договоров о выдаче, предусматривают законодательство Франции, Азербайджанской Республики и других стран.

Во французском законодательстве, как известно, ранее действовавший Закон об экстрадиции от 10 марта 1927 г. (*La loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition*) в ст. 1 устанавливал, что при отсутствии договора условия, процедуры и последствия экстрадиции определяются положениями данного Закона. Причем он равным образом применяется к пунктам, которые не были регламентированы договорами⁷. И хотя и впоследствии Законом от 9 марта 2004 г. «Об адаптации судопроизводства к эволюции преступности» (*Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*) Закон 1927 г. был отменен, а вопросы экстрадиции были отнесены к сфере регулирования французского уголовно-процессуального кодекса, тем не менее правило, предусмотренное ст. 1 ранее действовавшего Закона об экстрадиции, было включено в ст. 696 УПК⁸.

Закон об экстрадиции Коста-Рики от 16 июля 1971 г. применяется в случае, когда между Коста-Рикой и запрашивающим государством

⁶ См. об этом: Родионов К.С. Закон Российской Империи 1911 г. об экстрадиции // Государство и право. 2003. № 7. С. 80.

⁷ J.O.R.F. 11 Mars 1927. P. 2874.

⁸ <http://www.legifrance.gouv.fr>

отсутствует международный договор. При этом указанный закон был принят во исполнение положений ст. 31 Конституции Коста-Рики, согласно которой экстрадиция регламентируется законом либо международными договорами.

Согласно ст. 1.2 Закона Азербайджанской Республики «О выдаче (экстрадиции) лиц, совершивших преступления» от 15 мая 2001 г. (вступил в силу 19 июня 2001 г.), его положения применяются в случае, когда между Азербайджанской Республикой и запрашивающим иностранным государством не имеется соответствующего договора о выдаче лица, совершившего преступление⁹. Как правило, выдача лиц, совершивших преступления за пределами территории Азербайджанской Республики, осуществляется в соответствии с международными договорами. Закон же применяется в случаях, когда экстрадиция запрашивается иностранным государством, не находящимся с Азербайджанской Республикой в договорных отношениях. Тем самым закон восполняет существенный пробел в правовой системе, поскольку в случаях отсутствия договора не существовало бы правовых механизмов, в рамках которых могла бы быть осуществлена выдача. С другой стороны, принятие закона поставило процесс экстрадиции в четкие правовые рамки, предусмотрев регламентацию всех его стадий: получение запроса, применение принудительных мер к правонарушителю, рассмотрение запроса по существу, обжалование принятого решения и т.д.¹⁰

Надлежит также принимать во внимание, что выдача в отсутствие договора имеет некоторые специфические особенности. В частности, в национальном законодательстве ряда государств действует положение о том, чтобы прежде чем суд приступит к установлению наличия состава преступления, был получен ответ на предварительный вопрос: предусмотрена ли запрашивающим государством выдача преступника в аналогичных ситуациях в отношениях государства, к которому предъявлено данное требование, т.е. выдача может быть осуществлена с соблюдением принципа взаимности¹¹.

Например, согласно ст. 2 (А) израильского Закона о выдаче 1954 г. (с последующими изменениями), государство Израиль может действовать в экстрадиционных отношениях согласно правилу взаимности.

⁹ См. подробнее: Сафаров Н.А. Комментарий к Закону Азербайджанской Республики «О выдаче (экстрадиции) лиц, совершивших преступления». Баку, 2001. С. 9.

¹⁰ Там же. С. 17-18.

¹¹ Международное право / Отв. ред. Ю.М. Колосов и Э.С. Кривчикова. М.: Международ. Отношения, 2001. С. 457-458.

В соответствии со ст. 1.2 Закона Азербайджанской Республики о выдаче его положения применяются с соблюдением принципа взаимности. Причем законодательство не только декларирует взаимность, но и в случае его несоблюдения предусматривает отказ от экстрадиции лица (ст. 3.1.8 Закона о выдаче).

Российская Федерация в вопросах экстрадиции также исходит из принципа взаимности, который предусматривается в уголовно-процессуальном законодательстве¹².

Согласно ст. 462 УПК, Российская Федерация на основе принципа взаимности может выдать иностранному государству иностранного гражданина или лицо без гражданства, находящееся на территории Российской Федерации, для уголовного преследования или исполнения приговора за деяния, которые являются уголовно наказуемыми по уголовному закону РФ и законам иностранного государства, направившего запрос о выдаче лица. При этом выдача лица на основе принципа взаимности означает, что в соответствии с заверениями иностранного государства, направившего запрос о выдаче, можно ожидать, что в аналогичной ситуации по запросу Российской Федерации будет произведена выдача. Применение принципа взаимности согласно УПК Российской Федерации распространяется не только на выдачу, осуществляемую из РФ, но и на выдачу, которая запрашивается российской стороной. В соответствии со ст. 460 (1) УПК Российская Федерация может направить иностранному государству запрос о выдаче ей лица для уголовного преследования или для исполнения приговора на основе письменного обязательства Генерального прокурора выдавать в будущем согласно принципу взаимности этому государству лиц в соответствии с законодательством Российской Федерации¹³.

Федеральный закон Швейцарии «О международной уголовно-правовой взаимопомощи» от 20 марта 1981 г., регулирующий наряду с другими и вопросы экстрадиции, в ст. 8 («взаимность») предусматривает, что запрос удовлетворяется только в случае, если запрашивающее государство обеспечивает взаимность. При этом, если данное требуется конкретной ситуацией, швейцарская сторона может потребовать гарантий взаимности¹⁴.

¹² См. подробнее: Мельникова Э.Б. Международно-правовое сотрудничество в сфере уголовной юстиции. М.: Проспект, 2003.

¹³ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. М., 2002. С. 274-275.

¹⁴ См. об этом: Волеводз А.Г. Международный розыск, арест и конфискация полученных преступным путем денежных средств и имущества (правовые основы и методика). М., 2000. С. 383.

Ссылку на принцип взаимности содержит и уголовное законодательство Республики Беларусь. Согласно ст. 7 (3), при отсутствии международного договора иностранцы или лица без гражданства, совершившие преступление вне пределов территории Республики Беларусь, могут быть выданы иностранному государству на основе принципа взаимности при условии соблюдения требований национального законодательства¹⁵.

Специфические подходы государств к проблемам экстрадиции проявляются и в вопросах определения сферы выдачи. Если законодательства большинства государств предусматривают в национальных законах выдачу лица из запрашиваемой страны, то в отдельных случаях предусматривается также осуществление выдачи непосредственно в страну. Это, в частности, характерно для канадского закона об экстрадиции 1999 г. До этого, как известно, в Канаде были приняты два закона, регулирующие отношения по выдаче, – Законы «Об экстрадиции» 1877 г. и «О беглых правонарушителях» 1882 г. Новый закон 1999 г., явившийся отражением современных международных стандартов в сфере экстрадиции, регламентирует отношения по выдаче правонарушителей как из Канады (Часть 2), так и в Канаду (Часть 3). Специфические правовые подходы характеризуют и австралийский закон «Об экстрадиции» 1988 г., который регламентирует выдачу: а) из Австралии в запрашивающее государство (часть II); б) из Австралии в Новую Зеландию (часть III); в) в Австралию из третьих стран (часть IV). Напротив, законы Азербайджанской Республики, Исландии, Франции регулируют лишь вопросы выдачи из этих государств.

Как показывает анализ современного национального законодательства об экстрадиции, важнейшая характеристика выдачи, которая привлекла к себе особое внимание, – это ее межгосударственный характер.

Экстрадиция – это процедура, которая применяется только в межгосударственной практике, и этот факт зачастую отражается в конкретных статьях национальных законов (раздел 1 Закона Швеции об экстрадиции за преступления¹⁶, ст. 1 Закона Азербайджанской Республики о выдаче и т.д.). До недавнего времени межгосударственный характер экстрадиции хотя и упоминался в специальной литературе, но особого акцента на нем не делалось. Однако учреждение международных уголовных трибуналов *ad hoc* по бывшей Югославии и Руанде, и в осо-

¹⁵ См.: Уголовный кодекс Республики Беларусь. Санкт-Петербург, 2001. С. 85.

¹⁶ Принят в 1957 г.

бенности Международного уголовного суда (далее МУС либо Суд), осуществление сотрудничества с которыми предполагает перевод или передачу обвиняемых под их юрисдикцию, актуализировало вопрос о разграничении процедур экстрадиции, применяемой в отношениях между государствами, и процедур передачи, применяемой в отношениях государств с международными судебными органами¹⁷. Хотя международно-правовая практика экстрадиции развивается по пути выработки взаимосогласованных правил, вместе с тем она предусматривает и целый ряд ограничений и запретов на выдачу лиц, предполагающих в каждом конкретном случае применение собственных правовых подходов и оценок государства. Приравнивание запроса о передаче лиц, исходящего от международного трибунала, к запросу об экстрадиции, который исходит от государства, могло бы позволить запрашиваемому государству как исполнить запрос, так и отказать в передаче лица. Между тем Римский статут МУС не позволяет государствам по каким-либо основаниям отказывать в просьбе о передаче лиц¹⁸. Естественно, что практика экстрадиции, опыт ее правового регулирования активно изучались и использовались в процессе разработки Римского статута, однако модели экстрадиции были модифицированы в той мере, которая была необходима для того, чтобы беспрепятственно осуществлять сотрудничество с МУС в плане передачи лиц под его юрисдикцию¹⁹.

Учитывая возможность коллизии норм национального права и положений Статута, в ст. 102 проводится дифференциация понятий эк-

¹⁷ См. об этом подробнее: *Gallant K.* "Securing the Presence of Defendants Before the International Tribunal for the Former Yugoslavia: Breaking with Extradition", in *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia* / Ed. by Roger S. Clark and Madeleine Sann. London: Transaction Publishers, 1996. P. 343-376; *Yong S.* *Surrendering the Accused to the International Criminal Court* // *British Yearbook of International Law*. 2000. Vol. 71. P. 317-356; *Sluiter G.* "Co-operation with International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda", in *International and National Prosecution of Crimes Under International Law: Current Developments* / Horst Fisher, Claus Kreß, Sascha Rolf Lüder (eds.). Berlin: Verlag Arno Spitz, 2001. P. 681-726; *Knoops A.* *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*. New York: Transnational Publishers, 2002. P. 16-42.

¹⁸ См. в частности: *Тузмухамедов Б.Р.* Конституция Российской Федерации и Статут Международного уголовного суда: возможные пути гармонизации // *Российский ежегодник международного права*. 2003. СПб.: Специальный выпуск. С. 124-131.

¹⁹ См.: *Gupta S.* *Sanctum War Criminal: Extradition Law and International Criminal Court* // *California Criminal Law Review*. 2000. Vol. 3; *Duffy H.* *National Constitutional Compatibility and International Criminal Court* // *Duke Journal of Comparative and International Law*. 2001. Vol. 11. № 1.

страдиции (*extradition*) и передачи (*surrender*), в соответствии с которыми передача означает доставку лица государством в Суд в соответствии со Статутом, а экстрадиция – доставку лица одним государством в другое государство в соответствии с положениями международного договора, конвенции или национального законодательства²⁰. Причем различия, касающиеся содержания указанных понятий, выходят далеко за рамки терминологических характеристик. Речь в данном случае идет о содержательных, фундаментальных различиях двух процедур, разграничение которых было дано в Римском статуте. Кстати, толкование Статута органами конституционной юстиции ряда стран также подтвердило неидентичность правовой природы экстрадиции и передачи лиц.

Конституционный суд Украины в своем заключении по *делу о Римском уставе* от 11 июля 2001 г.²¹ указал, что термины «передача» и «выдача» в общеупотребительном понимании часто рассматриваются как синонимы, но в международно-правовых документах и в специальной литературе в них вкладывается различное содержание, что делает их юридическую природу неидентичной... Доставка лица в другое равно суверенное государство принципиально отличается от доставки лица в Суд, созданный согласно международному праву с участием и с согласия заинтересованных сторон... Согласно части второй ст. 25 Конституции Украины, запрещается выдача (экстрадиция) граждан Украины другому государству. То есть запрет касается национальной, а не международной юрисдикции. Он имеет целью га-

²⁰ *Kreß C.* “Article 102 – Use of Terms”, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer* Notes, Article by Article / *Otto Triffterer* (ed.). 1 Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag. Ges. 1999. P. 1157-1158 (Рецензию на данное издание см.: *Klip A.* First In-Depth Study of the International Criminal Court // *Criminal Law Forum*. 2000. Vol. 11. P. 507-510; *Karagiannakis M., Zwanenburg M.* in *Leiden Journal of International Law*. 2000. Vol. 13. № 4; *Paulus A.* Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court // *European Journal of International Law*. 2003. Vol. 14. № 4. P. 843-860); *Schabas W.* An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. P. 109-113; *Swart B.* “Arrest and Surrender”, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* / *Eds. A. Cassese, P. Gaeta, John R.W.D. Jones.* Oxford: Oxford University Press. 2002. Vol. II. P. 1639-1704. (Рецензию на данное издание см.: *Paulus A.* Legalist Groundwork for the International Criminal Court: Commentaries on the Statute of the International Criminal Court // *European J. Int’l L.* 2003. Vol. 14. № 4. P. 843-860; *McCormack T.*, in *Melbourn Journal International Law*. 2003. Vol. 4. № 1. P. 341-345; *Tseng P.*, in *Non-State Actors in International Law*. 2004. Vol. 4. № 2. P. 159-165).

²¹ *Дело о Римском Уставе*, 11 июля 2001 г., № 3-в. 2001.

рантировать беспристрастность судебного разбирательства, справедливость и законность наказаний для своих граждан. Международный уголовный суд не может приравниваться к иностранному суду, поскольку создается, как уже отмечалось, с участием и с согласия государств-участников на основе международного, а не национального права. Цель, которой объясняется запрет выдачи граждан одного государства другому, достигается в Международном уголовном суде посредством применения соответствующих положений Устава, разработанных (или одобренных) государствами-участниками. Эти положения базируются на международных пактах, согласие на обязательность которых для Украины уже дано... Поэтому конституционные положения о запрете выдачи граждан Украины (даже при условии широкого толкования понятия «выдача») нельзя рассматривать отдельно от международно-правовых обязательств Украины²².

В связи с ратификацией Статута МУС Швейцарией, в частности, необходимо было решить вопрос о том, следует ли вносить изменения в Конституцию (ст. 25 (1)), устанавливающую запрет на высылку граждан и выражение их согласия на экстрадицию иностранному государству, либо участие в деятельности Суда может быть осуществлено и без конституционных реформ. В своем послании от 15 ноября 2000 г. Федеральный совет Швейцарии установил, что ст. 25 (1) Конституции не создает каких-либо препятствий для возможной передачи швейцарского гражданина МУС: «...Сомнительно, что ст. 25 Конституции может быть применена к передаче лица международному трибуналу. Различие между выдачей иностранному государству и передачей лица международному органу – не вопрос формулировки, это различие между двумя понятиями, вытекающее из самого Статута. Статья 102 Статута проводит четкое различие между передачей, которую она определяет как доставку лица государством в Суд, и выдачей, которую она определяет как доставку лица одним государством в другое государство. Следовательно, можно утверждать, что передача Суду не подпадает под действие ст. 25 (1) Конституции, поскольку это положение, по крайней мере на немецком (*dürfen ausgeliefert werden*) и итальянск-

²² Сафаров Н.А. Передача лиц Международному уголовному суду и институт экстрадиции: трудный компромисс // Московский журнал международного права. 2003. № 2. С. 150-167; Гнатовский Н.Н. Ратификация Римского статута Международного уголовного суда: позиция Украины // Российский ежегодник международного права. Специальный выпуск. СПб., 2003. С. 179-187.

ком (*possono essere eastradate*) языках, относится только к выдаче (экстрадиции)...»²³.

Новейшее развитие института экстрадиции не может не учитывать современных тенденций международного уголовного права, связанных, в частности, с разграничением процедур экстрадиции и передачи лиц, которое в ряде случаев адекватно отражается в национальных законах. В этом плане может быть упомянут Закон Азербайджанской Республики о выдаче, ст. 1.3 которого предусмотрела, что его положения не распространяются на передачу лица международным судебным органам. По смыслу данной статьи Закон регламентирует исключительно вопросы экстрадиции, осуществляемой в межгосударственной практике, не затрагивая передачи лиц под юрисдикцию международных судебных органов²⁴. Последняя регулируется Уставами Международных уголовных трибуналов и национальными законами о сотрудничестве с ними²⁵.

Грузия в порядке имплементации Римского статута МУС²⁶ в августе 2003 г. внесла изменения в национальное законодательство, согласно которым было произведено разграничение «экстрадиции» и «передачи лиц». В частности, согласно параграфу 46 ст. 44 УПК Грузии, для цели международного сотрудничества по правовым вопросам передача означает доставку лица государством в Международный уголовный суд согласно его Статуту, а экстрадиция означает доставку лица одним государством другому в соответствии с международным соглашением либо национальным законодательством²⁷.

²³ См. подробнее: *Торманн О.* Вопросы, поднимавшиеся в связи с ратификацией Статута МУС в Швейцарии // Российский ежегодник международного права. Специальный выпуск. СПб., 2003. С. 104-107.

²⁴ См. об этом подробнее: *Сафаров Н.* Комментарий к Закону Азербайджанской Республики «О выдаче (экстрадиции)». С. 18-27.

²⁵ Например, подобные законы были приняты в связи имплементацией Римского статута МУС. В этом плане можно сослаться на германский Закон о сотрудничестве с Международным уголовным судом от 21 июня 2002 г. (*Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes vom. 17 Juli 1998*). Подробнее об этом акте см.: *Wilkitzki P.* The German Law on Cooperation with the ICC // *International Criminal Law Review*. 2002. Vol. 2. № 2. P. 195-212. Другим примером подобного рода является Закон о Международном уголовном суде 2001 г., принятый в Великобритании (*International Criminal Court Act 2001*). См. об этом: *Turns D.* "Aspects of National Implementation of the Rome Statute: The United Kingdom and Selected Other States", in *The Permanent International Criminal Court / McGoldrick D., Rowe P., Donnelly E. (eds)*. Oxford: Hart Publishing, 2004. P. 337-388.

²⁶ Грузия являлась вторым государством – участником СНГ (после Таджикистана), ратифицировавшим Статут МУС 5 сентября 2003 г.

²⁷ http://www.parliament.ge/LEGAL_ACTS/kanon_en.html

Существенным моментом в плане обеспечения выдачи правонарушителей является определение круга экстрадиционных преступлений, составляющих, вне всякого сомнения, основу национального закона в целом. Прежде всего отметим, что указанные деяния должны соответствовать правилу (принципу) «двойного вменения», согласно которому лицо выдается в тех случаях, когда совершенное им деяние признается преступным по законодательству как запрашивающего, так и запрашиваемого государства²⁸.

Институт международного права в известной Оксфордской резолюции, принятой на конференции института международного права в 1880 году и сформулировавшей основные принципы экстрадиции, указывал на необходимость того, чтобы деяния, к которым применяется выдача, были наказуемы по законодательству обоих государств — как запрашивающего, так и запрашиваемого²⁹.

При этом не требуется совпадения правового наименования деяния, достаточно, если действия, признаваемые преступлением в запрашивающем государстве, составляют преступление и в стране, в которой беглец разыскивается для выдачи³⁰.

Принцип «двойного вменения» с учетом его значения для экстрадиции лица закреплен в национальных законах о выдаче. В качестве иллюстрации можно сослаться на законы Канады (ст. 3), Швеции (раздел 4).

Азербайджанское законодательство предусматривает, что лицо, экстрадиция которого запрашивается иностранным государством, может быть выдано лишь в том случае, если совершенное им деяние признается преступлением по законодательству Азербайджанской Республики и запрашивающего государства (ст. 2 Закона о выдаче). Осуществление экстрадиции предполагает одинаковый подход к совершенному деянию, которое должно квалифицироваться в качестве преступления по уголовному законодательству Азербайджанской Республики и запрашивающего государства. Экстрадиция была бы невозможна, если подавался запрос о выдаче за деяние, которое расценивалось бы иностранным государством как преступление, а Азербайджанской Республикой рассматривалось в качестве административно-

²⁸ *Plachta M.* "The Role of Double Criminality in International Cooperation in Penal Matters", in *Double Criminality: Studies in International Criminal Law*/ Jareborg N. (ed.). Iustus Förlag: Uppsala. 1989. P. 84-134.

²⁹ *American Journal of International Law.* 1935. № 1-2. P. 300-301.

³⁰ *Bedi S.* Op. cit. P. 76. См. подробнее: *Bledsoe R., Boczek B.* International Law Dictionary. Santa Barbara, 1987. P. 100.

го проступка либо не квалифицировалось бы в качестве преступления вообще. Выдача как межгосударственный акт правовой помощи по уголовным делам требует наличия взаимосогласованных подходов.

Однако принцип «двойного вменения» сам по себе еще не гарантирует того, что экстрадиция будет осуществлена. Для этого необходимо, чтобы соответствующее преступление отвечало установленному в национальных законах требованию о минимальном пределе лишения свободы. Именно критерий тяжести уголовного наказания берет за основу внутригосударственное законодательство в вопросах установления круга экстрадиционных преступлений. При этом длительность срока наказания различается в зависимости от того, запрашивается ли выдача для уголовного преследования либо для отбытия назначенного наказания. Согласно ст. 3 исландского закона об экстрадиции для привлечения к уголовной ответственности лицо может быть выдано иностранному государству в тех случаях, когда за совершение соответствующего деяния срок предусмотренного наказания в виде лишения свободы составляет не менее одного года. Если же речь идет о выдаче осужденного, то срок лишения свободы не должен быть менее 4 месяцев.

В соответствии со ст. 2.1 Закона Азербайджанской Республики о выдаче лицо, выдача которого запрашивается иностранным государством, может быть выдано лишь в том случае, если за совершенное им деяние предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок не менее одного года или более суровое наказание. Что же касается осужденного, то разрешение на его экстрадицию дается лишь в том случае, если неотбытый срок лишения свободы составляет не менее шести месяцев.

Согласно ст. 2 израильского Закона о выдаче, экстрадиционным является преступление, наказуемое лишением свободы на срок не менее одного года либо другим более тяжким наказанием.

Общее признание в экстрадиционном законодательстве получило также правило о том, что лицо может привлекаться к уголовной ответственности только за то деяние, которое явилось основой для экстрадиции.

Выдавая лицо, совершившее преступление, государство, на территории которого оно находилось, исходит из того, что пределы его преследования будут ограничены лишь деянием, указанным в запросе о выдаче. Выход за его рамки означал бы нарушение согласованных

правил, регламентирующих выдачу преступников, и мог бы привести к неправомерному увеличению объема уголовного преследования. Осуществление выдачи затрагивает сферу межгосударственных отношений, и выход за пределы требования о выдаче возможен лишь при согласии выдавшей преступника стороны. Поэтому экстрадиционные законы прямо предусматривают ссылку на правило (принцип) «специализации»³¹. В частности, согласно § 11 (*“Spezialität”*) германского Закона о международной помощи по уголовным делам от 23 декабря 1982 г.³², экстрадиция может быть осуществлена в том случае, если обвиняемый не будет подвергнут наказанию в запрашивающем государстве за преступление иное, нежели деяние, которым была обоснована экстрадиция.

Принципа специализации придерживается и азербайджанское законодательство. Статья 4.1 Закона о выдаче предусматривает, что лицо, выданное по запросу иностранного государства, может преследоваться в порядке, предусмотренном законодательством данного государства, только за преступление, являющееся основанием для его выдачи. Согласно данной норме, осуществление уголовного преследования за преступление, не явившееся основанием для экстрадиции, не допускается. Выданное лицо может быть осуждено лишь за деяние, подпадающее под категорию экстрадиционного по смыслу данного Закона, которое предусматривалось в запросе о выдаче. Хотя ст. 4.1 предусматривает защиту только от осуждения за иное преступление, в совокупности со ст. 4.2 индивиду обеспечиваются гарантии от привлечения к уголовной ответственности либо выдачи третьему государству, что существенно расширяет рамки правовой защиты.

Закон об экстрадиции Великобритании 2003 г. даже рассматривает несоблюдение специализации в качестве основания для отказа от выдачи. Согласно ст. 11 («Запреты на экстрадицию») Закона об экстради-

³¹ Указанное правило (принцип) именуют также правилом «конкретности», нормой «о неизменности условий». См. о «специализации»: *Ching Hsu. Du principe de la specialite en matiere d'extradition (etudes de droit compare)*. Lausanne: Machtzum. 1950. P. 115; *Zairi A. Le principe de la specialite de l' extradition au regard des droits de l'homme // Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence*, 1992. Paris. P. 181; *Barett J. The Doctrine of Speciality; A Traditional Approach to the Issue Standing // Case Western Reserve Journal of International Law*. 1997. Vol. 29. № 2. P. 299-320.

³² *Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl I 1982. S. 2071) // <http://www.bundesrecht.juris.de>* Английскую версию Закона см.: *International Legal Materials*. 1985. Vol. XXIV. № 1. P. 945-982.

ции судья, рассматривающий вопрос о выдаче лица, может отказать в экстрадиции в силу несоблюдения правила специализации. Интерпретация же правила специализации содержится в ст. 17³³. Аналогичная позиция характерна и для мальтийского Закона об экстрадиции 2004 г., устанавливающего запрет на выдачу в страны, не соблюдающие правило «специализации» (ст. 13 (1, “е”)).

В то же время надлежит учитывать, что правовая защита выданного лица, гарантирующая уголовное преследование в пределах преступления либо преступлений, послуживших основанием для экстрадиции, и невозможность выхода за пределы запроса без согласия выдавшей стороны имеет определенные временные ограничения. Условие о необходимости получения согласия на привлечение к ответственности за иное преступление либо реэкстрадицию лица третьему государству теряет силу в случаях если:

а) выданное лицо по истечении определенного срока не покидает территорию государства после отбытия наказания или в случае освобождения по любому законному основанию;

б) лицо добровольно возвращается на территорию государства, которому было выдано, после того, как уже покинуло его.

Анализ экстрадиционного законодательства не может абстрагироваться от того факта, что, даже несмотря на значительную правовую урегулированность сферы выдачи, государства при решении конкретных вопросов экстрадиции обладают определенной свободой усмотрения, которая позволяет достаточно либерально толковать нормы национального законодательства. Подобное толкование позволяет в каждом конкретном случае в максимальной степени обеспечивать учет самых различных факторов, влияющих на принятие решения об экстрадиции. Это относится главным образом к необходимости обеспечения правозащитного фактора в процессе экстрадиции. Процесс интернационализации прав человека не мог не затронуть такой сферы международного сотрудничества в борьбе с преступностью, как экстрадиции³⁴. Хотя историческое развитие экстрадиции свидетельствует

³³ См. подробнее о Законе 2003 г.: *Knowles J.* Blackstone's guide to the Extradition Act 2003. Oxford: Oxford University Press, 2004; *Hardy J.* The Law and Practice of Extradition. London: Butterworths, 2004; *Sambei A., Jones J.* Extradition Law Handbook. Oxford: Oxford University Press, 2005.

³⁴ *Currie R.* Human Rights and International Mutual Legal Assistance: Resolving the Tension // Criminal Law Forum. 2000. Vol. 11. № 2. P. 143-181; *Harrington J.* “Human Rights Exceptions to Extradition: Moving Beyond Risks of Torture and Ill-Treatment”// <http://www.isrcl.org/Papers/Harrington.pdf>

о постепенном утверждении в экстрадиционном процессе позитивного отношения к обеспечению прав личности, принятие основополагающих документов, определивших международные стандарты прав человека и предусмотревших институциональные механизмы их защиты, вне всякого сомнения, оказало существенное влияние на содержание рассматриваемого правового института. Такие международно-правовые акты, как Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. и другие, обусловили в целом определенное переосмысление экстрадиции, связанное с необходимостью обеспечения международных стандартов прав человека в связи с выдачей. Обязательства государств в области защиты прав человека требуют тщательно рассматривать вопрос о возможном нарушении прав экстрадируемого, связанном с возможным преследованием по мотивам вероисповедания, политических убеждений, расовой принадлежности, с отсутствием минимальных гарантий в процессе судебного разбирательства и т.д.³⁵ Несмотря на то, что подобные проблемы существенным образом усложняют экстрадицию лица, в целом использование различных правовых институтов в борьбе с преступностью не может игнорировать международно-признанные права человека и должно опираться на безусловное предоставление правовых гарантий лицу, в отношении которого применяются соответствующие принудительные меры³⁶. И хотя международные договоры по экстрадиции нацелены на поиск соответствующего равновесия между обеспечением защиты фундаментальных прав индивида и необходимостью эффективного функционирования системы экстрадиции, вне всякого сомнения, международное право

³⁵ См. в частности: *Wilson R.* Toward the Enforcement of Universal Human Rights through Abrogation of the Rule Non-Inquiry in Extradition // *ILSA Journal of International and Comparative Law*. 1997. Vol. 3. № 2. P. 751-765; *Zuelke S., Pastille J.-C.* Extradition and European Convention – Soering Revisited // *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 1999. № 3. S. 749-784; *Pyle C.* Extradition, Politics and Human Rights. Philadelphia: Temple University Press. 2001; *Blakesley C.* Ruminations on Extradition and Human Rights // *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*. 2002. S. 191-217; *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters: A Comparative Study / Albin Eser, Otto Lagodny, Christofer Blakesley (eds).* Berlin: Nomos. 2002; *Borelli S.* Terrorism and Human Rights: Treatment of Terrorist Suspect and Limits on International Cooperation // *Leiden Journal of International Law*. 2003. Vol. 16. № 4. P. 803-820.

³⁶ *Сафаров Н.* Обеспечение прав человека и экстрадиционный процесс // *Вестник Межпарламентской Ассамблеи. Санкт-Петербург*. № 3. 2000. С. 229-230.

требует, чтобы экстрадиционные процедуры принимали во внимание общие принципы прав человека³⁷.

Юридическая защита экстрадируемого приобрела в настоящее время характер устойчивой правовой тенденции, характеризующей не только международно-правовую практику, но и практику принятия национальных законов об экстрадиции. Даже несмотря на то, что экстрадиция запрашивается в отношении лица, обвиняемого в совершении преступления либо осужденного, данное обстоятельство не только не исключает, а наоборот, актуализирует необходимость обеспечения защиты его прав. Запрашиваемое государство не может не принимать во внимание того, что его действия по экстрадиции могут иметь в качестве последствия нарушение фундаментальных прав человека, а ведь данное обстоятельство, в свою очередь, может обусловить международно-правовую ответственность государства³⁸. Это однозначно подтверждает практика международных судебных (квазисудебных) органов (и в частности Европейского суда по правам человека, Комитета по правам человека)³⁹. Нельзя не принимать во внимание, что проблемы, связанные с обеспечением правозащитного фактора, находятся под пристальным вниманием национальных судебных органов, включая органы конституционной юстиции⁴⁰.

Что же касается международных институций, то наиболее известным судебным прецедентом, оказавшим значительное влияние на формирование международной договорно-правовой и национальной юридической практики, явилось дело *Soering vs. United Kingdom*⁴¹. В том деле, связанном с выдачей немецкого гражданина по обвинению в убийстве, совершенном в США, где ему грозила смертная казнь, Великоб-

³⁷ *Bantekas I., Nash S.* International Criminal Law. Sec. ed. London: Cavendish Publishing Limited. 2003. P. 205-206.

³⁸ *Merrills J.* The Development of International Law by the European Court of Human Rights. Second ed. Manchester University Press, 1995. P. 109-113. См. подробнее: *Гусейнов Л.* Международно-правовая ответственность государств за нарушения прав человека. Киев, 2000.

³⁹ См. подробнее: *De Merieux M.* Extradition as the Violation of Human Rights: the Jurisprudence of the International Covenant on Civil and Political Rights // *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 1996. Vol. 14. № 1. P. 23-33.

⁴⁰ См., в частности: *Nickel R.* Extradition, Human Rights and Public Order – The Extradition to India – Decision of the FCC // *German Law Journal*. 2003. Vol. 4. № 12. P. 1241-1254. 2003 *Hartwig M.* The German Federal Constitutional Court and the Extradition of Alleged Terrorists to the United States // *German Law Journal*. 2004. Vol. 5. № 3. P. 185-195.

⁴¹ *Case of Soering vs. United Kingdom* (1989). Series A. № 161.

ритания утверждала, что Конвенция устанавливает обязательства только для Договаривающихся Сторон, которые, в свою очередь, не могут нести ответственность за действия, которые происходят за пределами его юрисдикции. В частности, указывалось, что экстрадиция не влечет за собой ответственности выдающего государства за бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание, которым выданное лицо может подвергнуться за пределами этой юрисдикции. Согласно утверждениям Великобритании, это вытекает из основополагающих принципов экстрадиции в государства, не являющиеся участниками Европейской конвенции о правах человека.

Европейский суд по правам человека не согласился с подобной постановкой вопроса, отметив, что вряд ли было бы совместимым с конвенционными ценностями (имеется в виду Европейская конвенция о защите прав человека), если бы Договаривающееся государство заведомо выдало бы беглого правонарушителя государству, в котором имеются все основания полагать, что он оказался бы перед угрозой применения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания. Экстрадиция при подобных обстоятельствах, хотя об этом нет прямого упоминания в ст. 3, находилась бы в явном противоречии с духом и целью указанной статьи, невзирая на то, какое гнусное преступление совершило лицо. Суд, таким образом, пришел к заключению, что решение Договаривающегося государства о выдаче может обусловить нарушение статьи 3 Конвенции и тем самым обусловить ответственность государства при наличии оснований полагать, что данное лицо в случае его выдачи ожидает реальный риск подвергнуться пыткам либо бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию⁴².

Необходимость согласования экстрадиции и защиты прав человека – одно из основных требований, пронизывающих весь процесс выда-

⁴² См. об этом: *Lillich R. Soering Case // American Journal of International Law. Vol. 85. 1990. P. 128; Gmien D, Harris D., Zwaak L. Law and Practice of the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 1996. P. 116; Bailey S., Harris D., Jones B. Civil liberties. Cases and Materials. Fourth edition. London: Butterworths. 1995. P. 759-763; Shea M. Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition cases after Soering // Yale Journal of International Law. 1992. Vol. 17. P. 85; Van den Wyngaert C. Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box? // International and Comparative Law Quarterly. 1990. Vol. 37. P. 757, 759; Гусейнов Л. Международные обязательства государств в области прав человека. Баку. 1998. С. 125-127; Европейский суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. 1 / Под ред. В. Туманова. М., 2000. С. 637-659.*

чи, учитывая, что данная процедура существенным образом ограничивает целый комплекс различных прав и свобод индивида⁴³.

В литературе отмечается, что новые экстрадиционные договоры и дополнительные протоколы к существующим договорам принимают во внимание фактор прав человека и регулируют это [экстрадицию] таким образом, чтобы суды и исполнительные власти, осуществляя свои полномочия... обеспечивали баланс интересов прав беглых правонарушителей и правопринуждения⁴⁴. Соглашаясь с данным утверждением, в то же время важно подчеркнуть, что не только договоры, но и национальные законы должны исходить из безусловного признания и защиты прав личности в экстрадиционном процессе. Практика принятия таких законов – наглядное тому подтверждение. Причем в отдельных случаях потенциальная несовместимость правозащитных обязательств с экстрадицией может обусловить отказ от выдачи. Например, согласно ст. 6 (1) португальского Закона «О международном правовом сотрудничестве по уголовным делам»⁴⁵, который регулирует вопросы экстрадиции, в сотрудничестве отказывается в случае, если процесс по делу лица не соответствует требованиям Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. либо другого соответствующего международного договора, ратифицированного Португалией⁴⁶. Как указывается в Инструкции федерального ведомства юстиции Швейцарии, серьезные ошибки зарубежного судопроизводства, а именно нарушение принципов Европейской конвенции о защите прав человека 1950 г. либо Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., могут привести к отказу от сотрудничества. В качестве подобных ошибок расцениваются

⁴³ *Gross E.* Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of A Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights // *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*. 2001. Vol. 6. № 1; *Fenwick H.* Civil Liberties and Human Rights. Third ed. London: Cavendish Publishing. 2002. P. 959; *Thomas R.* A Delicate Balance: Extradition, Sovereignty and Individual Rights in the United States and Canada // *The Yale Journal of International Law*. 2002. Vol. 27. № 1. P. 193-215; *De Than C., Shorts E.* International Criminal Law and Human Rights. London: Sweet&Maxwell. 2003. P. 46-47.

⁴⁴ *Dugard J., Van den Wyngaert C.* Reconciling Extradition With Human Rights // *American Journal of International Law*. 1998. Vol. 92. P. 212.

⁴⁵ Принят 31 августа 1999 г.

⁴⁶ Термин «международное правовое сотрудничество» для целей настоящего Закона согласно ст. 1 (1) предусматривает экстрадицию, передачу производства по уголовным делам, исполнение приговоров, взаимную правовую помощь по уголовным делам и т.д.

прежде всего серьезные нарушения ст. 5 (правомерность ареста, предъявление обвинений, судебная проверка обоснованности содержания под стражей) и ст. 6 (право на защиту, право на компетентную и справедливую судебскую оценку, презумпцию невиновности и т.д.)⁴⁷.

Кроме того, в основаниях отказа от выдачи находит свое подтверждение тот факт, что экстрадиция не может абстрагироваться от таких обстоятельств, как возможность вынесения смертных приговоров, опасность подвергнуться пыткам либо бесчеловечному, унижающему достоинство обращению или наказанию, быть судимым без предоставления соответствующих процессуальных гарантий и т.д.⁴⁸, предусматриваемых национальным законодательством. В этом отношении можно сослаться на Закон Великобритании об экстрадиции 2003 г. (ст. 11), который включил возможность нарушения права на равенство в перечень оснований, препятствующих выдаче лица. При этом ст. 13 предусмотрела, что выдача лица не допускается, если соответствующий ордер (*warrant*) хотя и издан в отношении экстрадиционного преступления, однако фактически предъявлен в целях преследования или наказания лица на основании его расы, религии, национальной принадлежности, пола, половой ориентации либо политических взглядов, или в случае его выдачи суд над этим лицом мог бы носить предвзятый характер, или он мог быть наказан, заключен под стражу или каким-либо иным образом ограничен в своей свободе на основании его расы, религии или национальной принадлежности, пола, половой ориентации или политических взглядов.

Закон Азербайджанской Республики о выдаче (ст. 3) предусматривает развернутый перечень оснований для отказа от выдачи, связанных с необходимостью защиты фундаментальных прав лица. В их числе предоставление убежища запрашиваемому лицу на территории Азербайджана, возможность вынесения смертного приговора, нарушение права на равенство, возможность подвергнуться пыткам, жестокому, бесчеловечному либо унижающему достоинство обращению или наказанию.

Серьезным фактором, ограничивающим выдачу, является возможность применения отдельных видов наказания за экстрадиционное

⁴⁷ Международная правовая помощь по уголовным делам. Инструкция. Издание № 8 за 1998 г. Цюрих. С. 7.

⁴⁸ *Nanda V. Bases for Refusing International Extradition Requests – Capital Punishment and Torture // Fordham International Law Journal. Vol. 23. 2000. P. 1369-1396.*

преступление. В их числе смертная казнь, а в отдельных случаях и пожизненное заключение⁴⁹. В этом отношении национальное законодательство о выдаче, предусматривая возможность отказа от экстрадиции за преступления, наказуемые смертной казнью, отражает тенденцию ограничения применения указанного уголовного наказания, которое предусматривают как международные юридические инструменты по правам человека⁵⁰, так и экстрадиционные договоры⁵¹.

В качестве примера можно сослаться на ст. 44 (2) канадского Закона об экстрадиции, согласно которой в выдаче может быть отказано в случае, если по законодательству запрашивающего государства предусмотрена смертная казнь за экстрадиционное преступление.

⁴⁹ *Gregg R.* The European Tendency Toward Non-Extradition to the United States in Capital Cases: Trends, Assurances and Breaches of Duty // *International and Comparative Law Quarterly*. 2002. Vol. 10. P. 113-128; *King K.* The Death Penalty, Extradition and the War Against Terrorism: U.S. Responses to European Opinion about Capital Punishment // *Buffalo Human Rights Law Review*. 2003. Vol. 9. P. 161-199; *Clarke A.* Terrorism, Extradition and Death Penalty // *William Mitchell Law Review*. 2003. Vol. 29. № 3. P. 783-808; *Kelly M.* Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collusion for Prosecuting Foreign Terrorists – Passage of *Aut Dedere Aut Judicare* into Customary Law and Refusal to Extradite Based on the Death Penalty // *Arizona Journal of International and Comparative Law*. 2003. Vol. 20. № 3. P. 491-532; *Labuschagne J.M.T., Michele O.* Extradition, Human Rights and the Death Penalty: Observations on the Process of the Internationalisation of Criminal Justice // *South African Yearbook of International Law*. 2003. Vol. 28. P. 131-156; *Mc Donnell T.M.* The Death Penalty – An Obstacle to the “War against Terrorism” // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2004. Vol. 37. № 2. P. 353-429; *Yorke J.* Europe’s Judicial Inquiry in Extradition Cases: Closing the Door on the Death Penalty // *European Law Review*. 2004. Vol. 29. № 4. P. 546-556.

⁵⁰ Протокол № 6 к Европейской конвенции о защите прав человека относительно отмены смертной казни от 28 апреля 1983 г., исходя из того, что развитие, имевшее место в государствах – членах Совета Европы, отражает общую тенденцию в пользу отмены смертной казни, в ст. 1 предусмотрел, что смертная казнь отменяется и никто не может быть приговорен к смертной казни или казнен. В соответствии со ст. 2 Протокола государство может предусмотреть в своем законодательстве смертную казнь лишь за действия, совершенные во время войны или при неизбежной угрозе войны. Качественно иной, по сравнению с ранее принятым, подход к смертной казни в рамках Совета Европы был связан с принятием Протокола № 13 от 5 мая 2002 г. к Конвенции о защите прав человека, относительно отмены смертной казни во всех случаях. Согласно ст. 1 Протокола смертная казнь отменяется. Никто не может быть осужден к такому наказанию и казнен. Как указывается в пояснительном докладе к положениям протокола, отмена смертной казни подтверждена в Протоколе как принцип, что влечет за собой отказ от смертной казни во всех случаях за любые деяния, включая действия, совершенные во время войны либо при неизбежной угрозе войны. См.: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/187.htm>. См. об этом также: *Тузмухамедов Б.П.* Протокол об отмене смертной казни // *Московский журнал международного права*. 2004. № 2. С. 266-271.

В соответствии со ст. 3.2.1 Закона Азербайджанской Республики о выдаче предусматривается, что в экстрадиции лица может быть отказано в случае, если за преступление, являющееся основанием для экстрадиций по законодательству запрашивающего иностранного государства, предусмотрена смертная казнь. Для применения данной статьи достаточно установить, что действующее законодательство запрашивающего государства в санкции статьи, устанавливающей ответственность за преступление, являющееся основанием для выдачи лица, предусматривает смертную казнь. При этом во внимание не принимается наличие других видов уголовного наказания, которые могут быть назначены лицу. Определяющим в этом вопросе является сама возможность вынесения смертного приговора⁵². Вместе с тем указанную норму необходимо рассматривать во взаимосвязи с примечанием к ст. 3, которая в пункте 2 в качестве изъятия из общего правила о невыдаче лица, совершившего преступление, караемое смертной казнью, допускает экстрадицию лишь в том случае, когда запрашивающее государство предоставляет гарантии неприменения данного наказания.

В соответствии со ст. 37 Федерального закона Швейцарии о международной уголовно-правовой взаимопомощи в выдаче отказывается, если запрашивающее государство не дает гарантии того, что преследуемое лицо не будет осуждено к смертной казни, либо если подобный приговор был вынесен, то он не будет приводиться в исполнение.

Португальский закон «О международном правовом сотрудничестве по уголовным делам» согласно ст. 6 (1, “f”) запрещает экстрадицию в случае возможного назначения не только смертной казни, но и пожизненного заключения⁵³.

⁵¹ В соответствии со ст. 11 Европейской конвенции об экстрадиции, если преступление, за которое запрашивается экстрадиция, наказуемо смертной казнью по законам запрашивающей Стороны и если за то же преступление по закону запрашиваемой Стороны смертная казнь не предусматривается или смертная казнь не исполняется, в экстрадиции может быть отказано, если запрашивающая Сторона не дает уверения о неприведении смертного приговора в исполнение. См. подробнее: *Сафаров Н.А.* Европейская конвенция об экстрадиции: комментарий к статье 11 – «смертная казнь» // Уголовное право. 2003. № 3. С. 120-122.

⁵² *Сафаров Н.* Комментарий к Закону Азербайджанской Республики «О выдаче (экстрадиции) лиц, совершивших преступления». С. 77.

⁵³ Указанная норма отвечает конституционным подходам Португалии. Согласно ст. 30 (1) Конституции страны, запрещены наказания и меры пресечения, лишающие свободы или ограничивающие ее, если они носят постоянный характер либо установлены на неограниченный или неопределенный срок. Необходимо также учесть, что в соответствии с конституционной нормой при ратификации Европейской конвенции

Законы об экстрадиции Швеции (ст. 8) и Исландии (ст. 7) помимо вышеуказанных предусматривают также возможность отказа от выдачи по гуманитарным соображениям, таким как возраст либо состояние здоровья лица.

Широко распространенным основанием для отказа от выдачи является принадлежность к гражданству запрашиваемого государства. Как правило, собственные граждане экстрадиции не подлежат⁵⁴. Национальные законодательства об экстрадиции (законы об экстрадиции, уголовные и уголовно-процессуальные кодексы) подавляющего большинства стран воспроизводят указанное правило.

В частности, французский УПК согласно ст. 696-4 (1) не допускает выдачу иностранному государству лица, являющегося французским гражданином. Аналогичное правило предусматривает и ст. 464 (1, "i") УПК Российской Федерации (ст. 13 (1) УК).

Среди оснований для отказа от экстрадиции, предусматриваемых национальными законодательными актами, специального упоминания заслуживает невыдача лица за деяния политического характера⁵⁵, хотя

об экстрадиции Португалия сделала оговорку о том, не будет выдавать лиц, экстрадиция которых затребована в связи с деянием, наказуемым пожизненным лишением свободы. Таким образом, не только смертная казнь, но и пожизненное заключение по законодательству запрашивающего государства является основанием для отказа от выдачи лица.

⁵⁴ *Plachta M.* Non-Extradition of Nationals – A Never Ending Story // *Emory International Law Review.* 1999. Vol. 13. № 1. P. 77-159; *Zilbershats Y.* Extradition Israeli Citizens to the United States – Extradition and Citizenship Dilemmas // *Michigan Journal of International Law.* 2000. Vol. 21. № 2. P. 297-326; *Сафаров Н.* Отказ от экстрадиции собственных граждан: международное право и национальное законодательство // *Азербайджанский юридический журнал.* 2002. № 2. С. 129-148.

⁵⁵ *Garcia - Mora M.* The Nature of Political Offences: A Knotty Problem of Extradition Law // *Virginia Law Review.* 1962. Vol. 48. P. 1226-1230; *Van den Wyngaert C.* The Political Offence Exception to Extradition: the Delicate Problem of Balancing the Rights of the Individual and the International Public Order. *Kluwer International.* Denter. 1980; *Felclin P.* Das Politische Delict: Entwicklung, Problematic und Wandel im Auslieferungsrecht: unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Schweizerrechts. Zurich 1979; *Torsten S.* Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delicten: normative Grenzen, Anwendung in der Praxis und Versuch einer Neuformulierung. Berlin: Springer Verl. 1983; *Phillips S.* The Political Offence Exception and Terrorism: Its Place in the Current Extradition Scheme and Proposals for Its Future // *Dickinson Journal of International Law* 1997. Vol. 15. № 2. P. 347-348; *Van der Wilt C.* The Political Offence Exception in Extradition Law: an Antidote to Prefixed Ideas About Political Integration in Europe? // *Maastricht Journal of European and Comparative Law.* 1997. Vol. 4. № 1. P. 25-58; *Cervasio C.* Extradition and the International Criminal Court: The Future of Political Offence Doctrine // *Pace International Law Review.*

в последнее время подход, основанный на ограничении выдачи за политические преступления, подвергается серьезной критике, и прежде всего в связи с развернувшейся широкомасштабной борьбой с международным терроризмом. Более того, в некоторых сферах международного сотрудничества, связанных с доставкой обвиняемых запрашивающему государству, характер преступления не является юридическим препятствием для осуществления требуемых принудительных действий. В частности, это связано с введением с 1 января 2004 г. странами Евросоюза Европейского ордера на арест (ЕОА). Передача лица согласно ЕОА осуществляется без рассмотрения того, какого рода деяние (политическое либо общеуголовное) совершено лицом. Уровень развития защиты прав человека в масштабах объединения, по мнению стран Евросоюза, исключает саму постановку вопроса о возможности преследования по политическим мотивам⁵⁶. Причем это подтверждается в отдельных случаях и на конституционном уровне. Например, согласно ст. 16а (1) Конституции Германии, лица, преследуемые по политическим мотивам, пользуются правом убежища. В то же время часть 2 ст. 16а предусматривает, что на это право не могут ссылаться лица, въезжающие из государства – участника Европейских Сообществ⁵⁷. Тем не менее, в отличие от передачи лиц согласно ЕОА, при рассмотрении экстрадиции обвиняемого либо осужденного вопрос о характере преступления обязательно подвергается детальной оценке, и если деяние, которым обоснован запрос иностранного государства, является, по мнению, запрашиваемого государства, политическим, то имеет место отказ от экстрадиции.

1999. Vol. 11. № 2. P. 419-446; *Branick M.* Extradition and the Conflict of Northern Ireland: The Past, Present and Future of an Intractable Problem // *Hastings International and Comparative Law Review*. 2002. Vol. 25. № 2. P. 169-198; *Gezón González C., López Ortega J.J.* Derecho extradicional. Madrid: Dycinson, 2003 и др.

⁵⁶ См. подробнее: *Сафаров Н.А.* Европейский ордер на арест: трансформация процесса экстрадиции // *Московский журнал международного права*. 2003. № 4. С. 196-214; *Vennemann N.* The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications // *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2003. № 1. S. 103-121; *Plachta M.* European Arrest Warrant: Revolution in Extradition? // *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2003. Vol. 11. № 2. P. 178-194; *Alegre S., Leaf M.* Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European arrest warrant // *European Law Journal*. 2004. Vol. 10. № 2. P. 200-217; *Wouters J. A., Naert F.* Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU'S Main Criminal Law Measures Against Terrorism After "11 September" // *Common Market Law Review*. 2004. Vol. 41. № 4. P. 909-935.

⁵⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Bonn. 2003. S. 41.

Согласно ст. 2А(б) израильского закона об экстрадиции, лицо не может быть выдано запрашивающему государству за преступление политического характера. Румынский закон о выдаче от 7 июня 2001 г. согласно ст. 9 не допускает экстрадиции, которая запрашивается за политическое преступление либо деяние, связанное с подобным преступлением.

Французский УПК (ст. 696-4 (2)) не допускает выдачу лица, если преступление, которым оно обосновывается, носит политический характер или проистекает из обстоятельств, когда экстрадиция запрашивается в политических целях.

Аналогичного подхода придерживается и законодательство Азербайджанской Республики. Согласно ст. 3.1.3 Закона о выдаче, в экстрадиции лица отказывается в случае, если деяние, совершенное запрашиваемым лицом и являющееся основанием для выдачи, признается Азербайджанской Республикой в качестве преступления политического характера. При этом целью исключения выдачи лиц, совершивших политическое преступление, является, с одной стороны, предупреждение экстрадиции, которая может иметь своим последствием предвзятость уголовного преследования и наказания лица, основанную на соображениях политического свойства, и, с другой стороны, недопущение вмешательства Азербайджанской Республики во внутриаполитические конфликты в других государствах.

В указанной связи возникает закономерный вопрос – что же следует понимать в качестве политического преступления? Прежде всего необходимо отметить, что подавляющее большинство государств предусматривают наказуемость деяний, посягающих на государственные интересы: суверенитет, политическую независимость, обороноспособность и т.д. Подобные деяния включены в уголовные кодексы Российской Федерации (ст. 275, 276, 277, 278, 278), Франции (ст. 411-1, 411-2, 411-6, 412-1), Испании (ст. 581, 582, 584, 590, 595), Германии (ст. 81, 83, 87, 94, 98) и т.д. В правовой доктрине они относятся к т.н. «политическим преступлениям». Наказуемость указанных преступлений подчиняется правилам, которые установлены в отношении всех иных уголовных деяний, другими словами, уголовное законодательство не предусматривает никакого специального режима для преследования преступлений, входящих в данную категорию.

Хотя национальные законы об экстрадиции используют термины «политическое преступление», «преступление политического харак-

тера», вместе с тем ни договоры, ни внутреннее законодательство не предусматривают соответствующей дефиниции подобных деяний. Исключением из общего правила является лишь уголовное законодательство Италии, которое квалифицирует в качестве политического преступления деяние, посягающее на политические интересы государства или политические права гражданина. Политическим считается также общеуголовное деяние, совершенное в целом или в части по политическим мотивам⁵⁸. Во всех случаях определение политического характера преступления – вопрос внутренней компетенции запрашиваемого государства, его правовой практики, как правило, решаемый в судебном порядке. Следует вместе с тем принять во внимание, что национальные законы не допускают расширительного толкования категории «политического преступления», последовательно исключая некоторых лиц, совершивших подобные деяния, из сферы правовой защиты. «Деполитизация» таких преступлений, как геноцид, преступления против человечности, военные преступления, терроризм и т.д., преследует цель сделать возможной экстрадицию лиц, виновных в их совершении, и обеспечить неотвратимость ответственности и наказания. Примеры подобной «деполитизации» можно найти в законах Великобритании, Азербайджана и других стран. Например, согласно ст. 23 (1) Закона Великобритании об экстрадиции для его целей настоящего закона никакое преступление, которое наказывается как геноцид либо как покушение, сговор или подстрекательство к совершению такого преступления, не рассматривается как преступление политического характера.

Более развернутая «деполитизация» содержится в Законе Азербайджанской Республики о выдаче, примечание к ст. 3 которого предусматривает, что геноцид, преступления против человечности и военные преступления как они определены в Женевских конвенциях 1949 г., тяжкие и особо тяжкие преступления против жизни, здоровья, безопасности и свободы человека, а также деяния, уголовная ответственность за совершение которых предусмотрена международными договорами Азербайджана, не признаются для целей выдачи в качестве политического преступления.

В числе «деполитизируемых» преступлений следует, конечно же, упомянуть терроризм⁵⁹. Как известно, большинство международных

⁵⁸ Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / Под ред. И.Д. Козочкина. М., 2001. С. 519.

юридических инструментов в сфере борьбы с терроризмом уделяют данному вопросу пристальное внимание. Например, Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом от 16 декабря 1997 г. в ст. 11 устанавливает, что ни одно из преступлений, указанных в ст. 2 Конвенции, не рассматривается для целей выдачи как политическое преступление либо преступление, связанное с политическим преступлением, или преступление, вызванное политическими мотивами. Однако, несомненно, важнейшим международно-правовым документом, «деполитизирующим» терроризм, является Европейская конвенция о борьбе с терроризмом 1977 г., которая, не допуская отнесения целого ряда терактов к категории политических преступлений, сделала возможной экстрадицию террористов. Причем сфера «деполитизации» была существенно расширена после принятия 15 мая 2003 г. Протокола к указанной конвенции⁶⁰. Если в ранее действовавшей редакции ст. 1 Конвенции предусматривались лишь шесть категорий деяний, включая и покушение на преступление, которые не расценивались в качестве политических, то измененная редакция предусматривает десять подобных деяний. Причем вместо общих формулировок подпараграфов с, d, e ст. 1 перечисляет конкретные международные соглашения по борьбе с отдельными преступлениями, которые не рассматриваются в качестве политических деяний для целей выдачи⁶¹. В качестве отдельного пункта выделе-

⁵⁹ См.: *Phillips S. The Political Offence Exception and its Place in the Current Extradition Scheme and Proposals for its Future // Dickinson Journal of International Law. 1997. Vol. 15. № 2. P. 337-359.* См. подробнее: *Lubet S. Extradition Reform: Executive Discretion and Judicial Participation in the Extradition of Political Terrorists // Cornell International Law Journal. 1982. Vol. 15. № 2; Terrorism and International Law / Ed. by Higgins and M. Flory. London / New-York: Routledge, 1997; Cases and Materials on Terrorism / ed. by Noone M. and Alexander Y. Kluwer Law International: The Hague. 1997.*

⁶⁰ См.: Protocol Amending the European Convention on the Suppression of Terrorism // [WWW – сайт]: URL: www.conventions.coe.int/

⁶¹ Согласно ст. 1 Конвенции (видоизмененной), для целей экстрадиции между договаривающимися государствами не рассматриваются в качестве политических преступления в рамках следующих международных соглашений: Конвенции о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой от 17 декабря 1973 г., Международной конвенции о борьбе с захватом заложников от 17 декабря 1979 г., Конвенции о физической защите ядерного материала от 3 марта 1980 г., Протокола о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих гражданскую авиацию, дополняющего Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации от 24 февраля 1988 г., Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства от 10 марта 1988 г., Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом от 15 декабря 1997 г., Протокола о борьбе с незаконными актами,

но покушение на совершение указанных в ст. 1 преступлений, которое также не рассматривается в качестве политического преступления. Новая редакция ст. 1 дополнена параграфом 2, который предусматривает, что для целей экстрадиции между Договаривающимися Государствами не будут рассматриваться в качестве политических преступлений также попытка совершения одного из вышеуказанных деяний, участие в качестве сообщника лица, которое совершает или пытается совершить любое из указанных преступлений, организация совершения или направление других лиц на совершение или попытки совершить любое из указанных преступлений⁶².

Имплементация подходов указанных конвенций в национальном законодательстве в связи с растущей угрозой терроризма представляется чрезвычайно важной. Нельзя допускать того, чтобы террористы использовали различного рода «лазейки» в международном праве и национальном законодательстве для прикрытия своей преступной деятельности, оставаясь безнаказанными⁶³.

Предмет регулирования национальных законов охватывает также выдачу правонарушителей в коллизионных ситуациях, когда с запросом об экстрадиции обращаются несколько государств. Подобные ситуации нередки в международной практике и возникают они вследствие того, что лицом совершаются преступления на территориях нескольких государств, каждое из которых проявляет заинтересованность в наказании преступника. С другой стороны, на уголовную юрисдикцию могут притязать страны, против интересов либо граждан которых направлено преступление, хотя оно и было совершено не на их собственной территории. Сказанное не исключает и других вариантов конкурирующей юрисдикции.

В подобных ситуациях Закон Азербайджанской Республики о выдаче предусматривает следующее:

направленными против безопасности стационарных платформ, расположенных на континентальном шельфе от 10 марта 1988 г., Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма от 9 декабря 1999 г.

⁶² См.: *The Fight Against Terrorism – Council of Europe Standarts*. Council of Europe Publishing, 2004.

⁶³ *Terrorism and International Legal Order* / Ed. by Peter J. van Krieken. Cambridge: Cambridge University Press, 2002; *Knoops A. International terrorism: the Changing Face of International extradition and European Criminal Law* // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2003. Vol. 10. № 2. P. 149-167; *Enforcing International Law Norms Against Terrorism* / Ed. by Andrea Bianchi. Oxford: Hart Publishing, 2004.

во-первых, согласно ст. 12.1 запрашиваемое лицо, как правило, выдается государству, на территории которого было совершено преступление;

во-вторых, в соответствии со ст. 12.2, если преступление или преступления, являющиеся основанием для выдачи, совершены на территориях нескольких государств и каждое из них запрашивает выдачу лица, при решении вопроса об экстрадиции принимаются во внимание тяжесть совершенного преступления, другие фактические обстоятельства дела, гражданство лица, совершившего преступление, и дата представления запроса. Позиция национального закона близка к правовым подходам Европейской конвенции об экстрадиции 1957 г., в ст. 17 предусматривающей схожее решение вопроса об экстрадиции при наличии конкурирующих запросов.

Французский УПК (ст. 696-5) предусматривает несколько вариантов преодоления коллизионных ситуаций. В соответствии с указанной статьей, если по одному и тому же преступлению экстрадицию требуют несколько государств, то предпочтение оказывается тому государству, против интересов которого было направлено это правонарушение, или же тому государству, на чьей территории оно было совершено. Если же конкурирующие требования об экстрадиции имеют основанием различные преступления, то для того, чтобы определить право первоочередности, учитываются все обстоятельства дела, и в частности: относительная тяжесть совершения правонарушения и место его совершения, дата подачи запроса, обязательство, которое было бы взято на себя одним из запрашивающих государств на реэкстрадицию.

Однако применение такого критерия, как тяжесть преступления, ввиду его оценочного характера нельзя признать бесспорным.

Институт международного права в Оксфордской резолюции (ст. 9) предлагал при наличии нескольких требований о выдаче за одно и то же деяние отдавать предпочтение государству, на территории которого было совершено данное преступление⁶⁴. Подобный подход нашел отражение и в известном Гарвардском проекте Конвенции об экстрадиции, предусматривавшей в случае конкуренции запросов о выдаче отдавать предпочтение требованию государства, обладающего территориальной юрисдикцией⁶⁵.

⁶⁴ American Journal of International Law. 1935. № 1. P. 300-301.

⁶⁵ Supplement to the American Journal of International Law. 1935. № 1-2. P. 14-22.

Таков в общих чертах основной круг вопросов, который входит в предмет регулирования национальных законов, обеспечивающих прочный правовой фундамент для решения конкретных вопросов экстрадиции при отсутствии международного договора.

Международное содействие национальному правосудию в отношении преступлений, совершенных в период Демократической Кампучии

Ложников И.С.*

Проблема осуществления уголовного правосудия в отношении руководителей Демократической Кампучии за преступления, совершенные в период 1975-1979 годов, имеет длительную историю. Итоги правления Коммунистической партии Кампучии, представителей которой камбоджийцы именовали «красными кхмерами», широко известны. Согласно различным экспертным оценкам, количество камбоджийцев, погибших в период 1975-1979 годов, составляет примерно 20% от населения Камбоджи в апреле 1975 года, которое насчитывало от 7,3 до 7,9 миллиона человек.

Суть проблемы, с которой столкнулись новые камбоджийские власти, была изложена в письме правительства Камбоджи на имя Генерального секретаря ООН от 21 июня 1997 года. Приведем дословно краткую выдержку из этого документа: «От имени правительства и народа Камбоджи обращаемся к Вам с тем, чтобы просить Организацию Объединенных Наций и международное сообщество о помощи в деле привлечения к ответственности лиц, виновных в совершении актов геноцида и преступлений против человечности в период правления «красных кхмеров» с 1975 по 1979 год... *Камбоджа не располагает ни ресурсами, ни специальными средствами для осуществления этой весьма важной процедуры.* В этой связи мы считаем, что необходимо просить помощи у Организации Объединенных Наций. Нам известно об аналогичных усилиях, предпринимаемых в связи с актами геноцида и преступлениями против человечности, совершенными в Руанде и бывшей Югославии, и мы просим оказать Камбодже *аналогичную помощь*» (курсив авт.)¹.

* Ложников Игорь Сергеевич – к.ю.н.

¹ Док. ООН A/51/930-S/1997/488. Извлечения из данного документа опубликованы также в Докладе Группы экспертов по Камбодже, учрежденной во исполнение резолюции 52/135 Генеральной Ассамблеи (см.: Док. ООН A/53/850-S/1999/231 от 16 марта 1999 года, приложение, с. 7).

Основным международным органом, в рамках которого рассматривается вопрос о судебных процессах над «красными кхмерами», является Генеральная Ассамблея ООН. Следует отметить, что прошедший 2004 год стал переломным в затянувшемся процессе юридического поиска в связи с проблемой организации надлежащего правосудия. Связано это главным образом с двумя обстоятельствами. Во-первых, 16 ноября 2004 года Генеральный секретарь ООН, ссылаясь на получение Организацией Объединенных Наций ратификационной грамоты Камбоджи, довел до сведения Генеральной Ассамблеи сообщение о вступлении в силу Соглашения между Организацией Объединенных Наций и Королевским правительством Камбоджи о преследовании в соответствии с камбоджийским правом за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (далее – «**Соглашение ООН-Камбоджа**» или «**Соглашение**»)². Соглашение было подписано в Пномпене 6 июня 2003 года и ратифицировано Камбоджей 19 октября 2004 года. В соответствии с условиями Соглашения оно приобретает обязательный характер после одобрения Генеральной Ассамблеей ООН и ратификации Камбоджей и вступает в силу в день после взаимного уведомления сторон в письменной форме о выполнении данных правовых процедур. Во-вторых, 27 октября 2004 года был промульгирован камбоджийский Закон об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии (далее – «**Закон 2004 года**»). Закон 2004 года является измененным и дополненным вариантом камбоджийского Закона об учреждении чрезвычайных палат в судах Камбоджи для преследования за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии, промульгированного 10 августа 2001 года (далее – «**Закон 2001 года**»). Принятие новой редакции закона было связано с необходимостью приведения его положений в соответствие с текстом Соглашения ООН-Камбоджа.

Вступление в силу Соглашения и Закона 2004 года открывает новый этап в организации уголовного правосудия в отношении руководителей «красных кхмеров», переводя проблему из области учреждения специальных судебных органов (чрезвычайных палат в судах Камбоджи) в область их практического функционирования.

Отметим, что к процессу учреждения чрезвычайных палат в судах Камбоджи самое непосредственное отношение имеют следующие пра-

² Док. ООН A/59/432/Add. 1 от 16 ноября 2004 года. Доклад Генерального секретаря о судебных процессах над «красными кхмерами», п.п. 2, 3 и 4.

вые документы: 1) письмо правительства Камбоджи на имя Генерального секретаря ООН от 21 июня 1997 года³; 2) резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 52/135 от 12 декабря 1997 года «Положение в области прав человека в Камбодже», которая рекомендовала Генеральному секретарю рассмотреть обращение правительства Камбоджи и, по возможности, назначить группу экспертов для изучения существующих доказательств с целью внесения предложений в отношении дальнейших мер⁴; 3) резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 57/228 от 18 декабря 2002 года «Судебные процессы над «красными кхмерами»⁵; 4) резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 57/228 В от 13 мая 2003 года «Судебные процессы над «красными кхмерами», в которой ГА ООН одобряет проект Соглашения ООН-Камбоджа⁶; 5) Соглашение ООН-Камбоджа; 6) Закон 2004 года.

Определенный интерес может представлять также Доклад Группы экспертов по Камбодже, учрежденной во исполнение резолюции 52/135 Генеральной Ассамблеи⁷. Группа экспертов по Камбодже⁸ была создана Генеральным секретарем в июле 1998 года с целью определения характера преступлений, совершенных лидерами «красных кхмеров» в 1975-1979 годах, оценки возможности привлечения их к ответственности, а также для изучения вопроса о надлежащем международном или национальном судебном органе. Правительство Камбоджи в 1998-1999 годах также активно пользовалось экспертной помощью в решении проблемы судебных процессов над «красными кхмерами»⁹.

Длительность процесса согласования условий Соглашения ООН-Камбоджа объясняется существенными разногласиями сторон (ООН и правительство Камбоджи) как по вопросу о правовой основе учреждения надлежащего органа уголовной юстиции (международный трибунал или судебные органы в рамках национальной камбоджийской судебной системы), так и по вопросам организационной структуры чрезвычайных палат, порядка формирования судейского корпуса, прин-

³ Док. ООН A/51/930-S/1997/488.

⁴ Док. ООН A/RES/52/135 от 12 декабря 1997 года.

⁵ Док. ООН A/RES/57/228 от 18 декабря 2002 года.

⁶ Док. ООН A/RES/57/228 В от 13 мая 2003 года.

⁷ Док. ООН A/53/850-S/1999/231 от 16 марта 1999 года, приложение.

⁸ В состав Группы экспертов по Камбодже входили: Н. Стивен (Австралия), судья Раджумера Лаллу (Маврикий) и проф. Стивен Р. Рэтнер (США).

⁹ Консультационное содействие правительству Камбоджи по указанному вопросу оказывал, например, проф. С.В. Черниченко (Дипломатическая академия МИД России).

ципов обеспечения должной беспристрастности и независимости в работе судей¹⁰.

Решая вопрос о надлежащем органе уголовной юстиции, эксперты, привлеченные Генеральным секретарем, рассматривали пять различных вариантов: а) трибунал, учрежденный в соответствии с камбоджийским правом; б) международный трибунал, созданный ООН (учрежденный Советом Безопасности или Генеральной Ассамблеей); в) камбоджийский трибунал под управлением ООН; г) международный трибунал, учрежденный многосторонним договором; д) уголовные процессы в судах других государств (т.е. не в Камбодже). Основные рекомендации Группы экспертов состояли в том, что в ответ на просьбу правительства Камбоджи Организация Объединенных Наций должна учредить специальный международный трибунал для судебного преследования должностных лиц из числа «красных кхмеров», ответственных за преступления против человечности и геноцид. Такой трибунал, по мнению экспертов, должен был учредить Совет Безопасности или, если он этого не сделает, Генеральная Ассамблея ООН. По рекомендации экспертов ООН трибунал должен был находиться в одном из государств Азиатско-Тихоокеанского региона, но не в Камбодже. Функции Обвинителя в новом трибунале должен был выполнять Обвинитель Международного трибунала по бывшей Югославии и Международного уголовного трибунала по Руанде¹¹.

Следует отметить, что позиция правительства Камбоджи в вопросе о надлежащем органе уголовной юстиции применительно к процессам над «красными кхмерами» в связи с частой сменой кабинета министров не отличалась последовательностью. Так, из уже процитированного выше письма правительства Камбоджи от 21 июня 1997 года можно сделать вывод, что камбоджийские власти хотели получить помощь от ООН, которая была бы аналогична реагированию Совета Безопасности ООН в связи с ситуацией в бывшей Югославии и Руанде, т.е. явно подразумевается учреждение международного уголовного трибунала. В 1999 году позиция правительства Камбоджи существен-

¹⁰ Более подробно о разногласиях сторон по проекту Соглашения см.: *Ложников И.С.* О проекте соглашения между ООН и правительством Камбоджи о преследовании за преступления, совершенные в период Демократической Кампучии // *Международное публичное и частное право.* 2004. № 5. С. 38–42.

¹¹ Доклад Группы экспертов по Камбодже, учрежденной во исполнение резолюции 53/135 Генеральной Ассамблеи (см. Док. ООН A/53/850-S/1999/231 от 16 марта 1999 года, приложение, с. 62).

но изменилась. В письме от 17 июня 1999 года на имя Генерального секретаря ООН премьер-министр Камбоджи «просил Организацию Объединенных Наций выделить экспертов для оказания Камбодже содействия в разработке законодательства, касающегося создания *специального национального камбоджийского суда* для привлечения к судебной ответственности руководителей «красных кхмеров» и предусматривающего участие национальных судей и обвинителей в его работе» (курсив авт.)¹². Обосновывая свою изменившуюся позицию, представители правительства Камбоджи подчеркивали, что «на основании ст. 6 Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и ст. 33 Конституции Камбоджи *камбоджийские суды* в полной мере компетентны проводить любой подобный судебный процесс», т.к. «преступники являются камбоджийцами, жертвы являются камбоджийцами и преступления были совершены в Камбодже» (курсив авт.)¹³.

Принятие Генеральной Ассамблеей ООН резолюции 57/228 «Судебные процессы над «красными кхмерами», по существу, подвело итог в дискуссии о надлежащем органе уголовной юстиции для судебных процессов в отношении руководителей Демократической Кампучии. Под таким органом резолюция 57/228 понимает «чрезвычайные палаты в рамках существующей судебной структуры Камбоджи», которые должны быть созданы в соответствии с камбоджийским Законом об учреждении чрезвычайных палат¹⁴.

Общая оценка позиций сторон на переговорах по проекту Соглашения ООН-Камбоджа в самом общем виде, по нашему мнению, может заключаться в следующем. Представители правительства Камбоджи отстаивали необходимость реализации принципа национальной уголовной юрисдикции, а также придерживались той позиции, что специфика судебных процессов над «красными кхмерами» должна быть

¹² Док. ООН A/57/769 от 31 марта 2003 года. Доклад Генерального секретаря относительно судебных процессов над «красными кхмерами», п. 7.

¹³ См.: идентичные письма Генерального секретаря от 15 марта 1999 года на имя Председателя Генеральной Ассамблеи и Председателя Совета Безопасности (Док. ООН A/53/850-S/1999/231 от 16 марта 1999 года).

¹⁴ Следует отметить, что содействие, оказываемое Организацией Объединенных Наций национальным судам Камбоджи в деле привлечения к ответственности лиц, обвиняемых в совершении преступлений по международному праву, является не первым примером подобной практики ООН. Так, например, при непосредственном участии ООН учрежден и функционирует окружной суд в Дили (национальный судебный орган Тимора-Лешти).

в максимальной степени приближена к обычному режиму отправления правосудия по уголовным делам в Камбодже. Имеет свою логику и позиция экспертов ООН, привлеченных Генеральным секретарем, которую они занимали при согласовании проекта Соглашения с представителями Камбоджи. Принятие предложений по структуре и организации чрезвычайных палат, которые отстаивала делегация ООН, должно было, по мнению экспертов ООН, создать условия для скорейшего учреждения палат и начала их функционирования, а также должно было способствовать укреплению доверия к этим палатам мирового сообщества (сведение к минимуму возможностей для задержек при проведении расследований, осуществлении преследования и ведении судебных процессов), облегчая решение вопросов их финансирования, чтобы они могли действовать «на устойчивой, эффективной и рентабельной основе»¹⁵.

Следует отметить, что практическая реализация тезиса об «устойчивой, эффективной и рентабельной» работе судебного органа может иметь и обратную сторону, а именно – неоправданное вмешательство государств и международных организаций, финансирующих работу судебного органа, в вопросы непосредственного отправления правосудия (судопроизводства по конкретным делам), т.е. желание «управлять процессом». Правительство Камбоджи явно пыталось избежать такой перспективы и, по всей видимости, отдавало себе отчет в том, что результатом необдуманного следования принципу «устойчивости, эффективности и рентабельности» в работе судебного органа (особенно в том смысле, который вкладывает в это понятие Генеральный секретарь ООН) может быть, например, появление ст. 7 в Соглашении между Организацией Объединенных Наций и правительством Сьерра-Леоне об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне, озаглавленной «Руководящий комитет». Очевидно, что содержание упоминаемой ст. (особенно положение о «политических согласованиях») не вполне согласуется с судебными принципами независимости и беспристрастности¹⁶. Так, например, дело президента Либерии Чарльза

¹⁵ Док. ООН A/57/769 от 31 марта 2003 года. Доклад Генерального секретаря относительно судебных процессов над «красными кхмерами».

¹⁶ Неофициальный перевод текстов Соглашения между Организацией Объединенных Наций и правительством Сьерра-Леоне об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне и Устава Специального суда по Сьерра-Леоне см.: *Ложников И.С.* Специальный суд по Сьерра-Леоне // МЖМП. 2004. № 1. С. 282-305. Переводы выполнены автором данной ст. при редакторском содействии редколлегии Московского журнала

Тейлора в Специальном суде по Сьерра-Леоне, которое было рассмотрено в закрытом судебном заседании в течение одного дня, было ориентировано прежде всего на решение внешнеполитических задач государств, входящих в Руководящий комитет Специального суда по Сьерра-Леоне.

Практическое функционирование чрезвычайных палат, по нашему мнению, может быть осложнено рядом проблем как политического, так и правового свойства. Одна из возможных проблем связана с вопросом персональной юрисдикции чрезвычайных палат. Закон 2004 года (ст. 1) и Соглашение ООН-Камбоджа (ст. 1) определяют круг лиц, в отношении которых должны состояться судебные процессы: как высокопоставленных руководителей Демократической Кампучии, так и тех, кто несет наибольшую ответственность за преступления и серьезные нарушения камбоджийского уголовного права, международного гуманитарного права и обычаев и международных конвенций, признанных Камбоджей, которые были совершены в период с 17 апреля 1975 года по 6 января 1979 года¹⁷.

В отношении толкования термина «высокопоставленные руководители» (“senior leaders”) в связи с внутривнутриполитической ситуацией в Камбодже существуют различные мнения. Широкое толкование подразумевает, что «высокопоставленными руководителями» являются все высшие должностные лица правительства Демократической Кампучии и руководящие партийные чиновники Коммунистической партии Кампучии. Узкое толкование включает в состав «высокопоставленных руководителей» незначительную группу лиц из числа старших должностных правительственных и партийных чиновников «красных кхмеров», которые на момент принятия Закона 2001 года отказались сложить оружие и сдать законному правительству. От списка «высокопоставленных лиц» может существенно отличаться список лиц, которые «несут наибольшую ответственность». В последнем могут доминировать как раз представители низшего и среднего управленческого звена, которые непосредственно причастны к совершению преступлений,

международного права (в опубликованных текстах исправлены и отредактированы неточности, содержащиеся в переводах, выполненных в секретариате ООН. См.: Док. ООН S/2002/246 от 8 марта 2002 года. Письмо Генерального секретаря от 6 марта 2002 года на имя Председателя Совета Безопасности, приложения).

¹⁷ 17 апреля 1975 года Пномпень был взят силами Коммунистической партии Кампучии, т.е. «красными кхмерами». 6 января 1979 года – падение режима «красных кхмеров» (взятие Пномпеня вооруженными силами Вьетнама).

подпадающих под предметную юрисдикцию чрезвычайных палат.

Проблему персональной юрисдикции чрезвычайных палат осложняют особенности процесса национального примирения в Камбодже¹⁸. Многие лидеры «красных кхмеров» прекратили вооруженную борьбу в обмен на публичные или частные гарантии законного правительства относительно того, что против них не будет возбуждаться судебное преследование. Начиная с 1994 года большинство бывших «красных кхмеров» вернулось к гражданской жизни или вступило в национальную армию. Закон о запрете «красных кхмеров» 1994 года гарантировал таким лицам неподсудность и возможность вступления в ряды королевских вооруженных сил Камбоджи. Судебные процессы над Пол Потом и Иенг Сари в их отсутствие были проведены еще в 1979 году Народной Республикой Кампучией. В 1996 году правительство Камбоджи предоставило амнистию бывшему заместителю премьер-министра в правительстве Демократической Кампучии Иенг Сари с учетом его осуждения в 1979 году и закона 1994 года. Эта амнистия, а также разрешение бывшим подразделениям «красных кхмеров» сохранить свое оружие и продолжать контролировать районы своего сосредоточения привели к тому, что силы «красных кхмеров», верные Иенг Сари, и территории, находившиеся под их контролем, формально перешли под власть законного правительства. Эта же модель интеграции, хотя и без официальной амнистии, использовалась и в отношении других районов действия «красных кхмеров». После смерти Пол Пота в 1998 году сдались два из наиболее высокопоставленных руководителей Демократической Кампучии – Нуон Чеа и Кхиеу Самфан. В 1999 году правительство включило последние остатки «красных кхмеров» в состав королевских вооруженных сил Камбоджи.

Применительно к работе чрезвычайных палат такая специфика процесса национального примирения в Камбодже может означать высокую степень вероятности появления разногласий между камбоджийскими и международными судьями, совместно ведущими судебное след-

¹⁸ Начало процессу национального примирения положило Соглашение о всеобъемлющем политическом урегулировании камбоджийского конфликта от 23 октября 1991 года (в документах ООН часто упоминается как «Парижские мирные соглашения» или «Парижские соглашения»). На Парижской конференции по Камбодже «красные кхмеры» выступали в качестве одной из четырех делегаций, представлявших Камбоджу, и участвовали в подписании Парижских соглашений от имени Камбоджи. Текст Парижских соглашений см.: Док. ООН A/46/608-S/23177 от 30 октября 1991 года, приложение.

ствие (ст. 5 Соглашения), или сообвинителями, осуществляющими судебное преследование (ст. 6 Соглашения). Такие разногласия могут иметь место по вопросу: следует ли возбуждать расследование или продолжать судебное преследование в отношении того или иного конкретного лица. Данное обстоятельство существенно усиливает роль и значение Палаты предварительного производства и заставляет обратить особое внимание на механизм разрешения споров (между судьями, совместно ведущими судебное следствие, или сообвинителями), установленный ст. 7 Соглашения.

В связи с амнистией, предоставленной Иенг Сари, в текст Соглашения ООН-Камбоджа специально включена ст. 11, согласно которой чрезвычайные палаты должны вынести свое решение в отношении пределов действия акта амнистии. Положения ст. 11 предоставляют чрезвычайным палатам возможность реализовать общий подход Организации Объединенных Наций, согласно которому акты амнистии не могут предоставляться лицам, виновным в совершении преступлений по международному праву, таких как геноцид, преступления против человечности или серьезные нарушения международного гуманитарного права.

Чрезвычайным палатам предстоит также решить вопрос о применимых уголовно-процессуальных правилах. Данный вопрос связан с тем, что ст. 12 Соглашения и ст. 33 Закона 2004 года определяют, что в отношении судопроизводства в чрезвычайных палатах применяются процессуальные нормы, установленные в соответствии с камбоджийским правом. Однако в тех случаях, когда камбоджийское право не регулирует тот или иной конкретный вопрос, или же когда существует неопределенность относительно толкования либо применения соответствующей нормы камбоджийского права, или же когда возникает вопрос относительно соответствия такой нормы международным стандартам, чрезвычайные палаты могут руководствоваться также «процедурными нормами, установленными на международном уровне» (курсив авт.)¹⁹.

¹⁹ Возможность применения как национального уголовно-процессуального закона, так и процессуальных правил, разработанных международным органом уголовной юстиции, предусматривает и Устав Специального суда по Сьерра-Леоне. Однако приоритеты в этом документе расставлены несколько иначе. В отношении судопроизводства Специального суда применяются *mutatis mutandis* Правила процедуры и доказывания Международного уголовного трибунала по Руанде. Судьи Специального суда могут руководствоваться по мере необходимости Законом Сьерра-Леоне об уголовном про-

В отношении подлежащего применению камбоджийского уголовно-процессуального закона в настоящее время нет полной ясности. Решение вопроса о том, какой уголовно-процессуальный закон будет применяться в связи с судопроизводством чрезвычайных палат, зависит от темпов осуществления законодательной и судебной реформы в Камбодже. В настоящее время в Камбодже подготовлен проект нового уголовно-процессуального кодекса²⁰. Действующее же камбоджийское уголовно-процессуальное законодательство находится в состоянии непрерывного изменения. Система уголовно-процессуальных норм действует на основе Конституции Камбоджи 1993 года. Действующим документом является также указ Высшего национального совета об уголовном законодательстве и уголовном процессе от 1992 года²¹. Указ предусматривает основные рамки уголовного судопроизводства, состоящие из 75 статей, и содержит упрощенную систему уголовного процесса, предусматривая основные права обвиняемых. Другим действующим правовым актом является Закон об уголовном процессе, принятый Национальным собранием Камбоджи 28 января 1993 года²². Оба приведенных закона об уголовном процессе остаются в силе на основании ст. 139 Конституции Камбоджи, проблема их соотношения во многом является *terra incognita*²³.

Нет также ясности и в отношении того, какие уголовно-процессуальные нормы, «установленные на международном уровне», подразумевают Соглашение и Закон 2004 года. Понятно, что для целей судопроизводства это должен быть кодифицированный свод уголовно-процессуальных правил. Существует несколько групп документов

цессе 1965 года, когда применимые правила не регулируют или в недостаточной степени регулируют какую-либо конкретную ситуацию (ст. 14 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне).

²⁰ Подготовлены также проекты гражданского кодекса, гражданско-процессуального кодекса, уголовного кодекса, закона о борьбе с коррупцией, закона о статусе судей и обвинителей и другие национальные акты (см.: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 58/191 от 22 декабря 2003 года «Положение в области прав человека в Камбодже», раздел III, п. 3).

²¹ Provisions Relating to the Judiciary and Criminal Law and Procedure Applicable in Cambodia during the Transitional Period, Decision of 10 September 1992.

²² Law on Criminal Procedure, 1993.

²³ «Законы и нормативные документы в Камбодже, охраняющие государственное имущество, права, свободы и законное частное имущество и соответствующие национальным интересам, остаются в силе до тех пор, пока они не будут изменены или отменены новыми текстами, за исключением тех положений, которые противоречат духу Конституции» (Конституция Камбоджи 1993 года, ст. 139).

уголовно-процессуального характера, «установленных на международном уровне», которые в разной степени условности подходят под это определение. Например: а) весьма обширное собрание документов (рекомендательного характера), принятых в рамках Конгресса ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями; б) правила процедуры и доказывания Международного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ), Международного уголовного трибунала по Руанде (МУТР), Специального суда по Сьерра-Леоне (СССЛ) и Международного уголовного суда (МУС)²⁴; в) уголовно-процессуальные правила (включая и уголовно-процессуальные кодексы), разрабатываемые вспомогательными органами ООН для территорий, которые находятся/находились под административным управлением ООН: Восточный Тимор (Тимор-Лешти) и Косово²⁵. В рамках ООН разрабатывался также документ под условным наименованием «Временные нормы уголовно-процессуального права»²⁶.

²⁴ В основе процессуальных правил, применяемых МУТР и СССР, лежат Правила процедуры и доказывания, принятые судьями МТБЮ (см.: ст. 15 Устава МТБЮ, ст. 14 Устава МУТР и ст. 14 Устава СССР). Правила процедуры и доказывания МУС должны быть приняты на Ассамблее государств-участников Римского статута и пока не вступили в силу.

²⁵ См.: Распоряжение Временной администрации Организации Объединенных Наций в Восточном Тиморе (ВАООНВТ) № 2000/30 от 25 сентября 2000 года «О временных правилах уголовного процесса» (Док. UNTAET/REG/2000/30) или, например, Распоряжение Миссии Организации Объединенных Наций по делам временной администрации в Косово (МООНВАК) № 2000/17 от 23 марта 2003 года «О допустимости некоторых свидетельских показаний в ходе предварительного судебного расследования» (Док. ООН S/2000/177/Add.2); Распоряжение МООНВАК № 2000/46 от 15 августа 2000 года «Об использовании языка в ходе судебных процессов, в которых участвует международный судья или международный обвинитель» (Док. ООН S/2000/878/Add.1); Распоряжение МООНВАК № 2000/64 от 15 декабря 2000 года «О привлечении к разбирательству международных судей/прокуроров и/или изменении места рассмотрения дела» (Док. ООН S/2001/218/Add.1); Распоряжение МООНВАК № 2001/1 от 12 января 2001 года «О запрещении заочного судебного разбирательства в связи с серьезными нарушениями международного гуманитарного права» (Док. ООН S/2001/218/Add.1) и др.

²⁶ О постановке вопроса в контексте проблем применимого уголовного права, возникающих при проведении некоторых ОПМ ООН, см.: Доклад Группы по операциям Организации Объединенных Наций в пользу мира, п. 83 (Док. ООН A/55/305-S/2000/809). О практической реализации рекомендации Группы по операциям ООН в пользу мира в аспекте разработки временных норм именно уголовно-процессуального права см. Доклад Генерального секретаря об осуществлении доклада Группы по операциям Организации Объединенных Наций в пользу мира, п.п. 30-34 (Док. ООН S/2000/1081 от 20 октября 2000 года).

Можно предположить, что судьи чрезвычайных палат в Камбодже в качестве вспомогательного источника уголовно-процессуальных правил будут применять положения Правил процедуры и доказывания МТБЮ, а также обращаться к Правилам процедуры и доказывания МУС. Последнее соображение основывается на том, что Камбоджа является государством-участником Римского статута МУС, Правила процедуры и доказывания которого являются авторитетнейшей кодификацией уголовно-процессуальных норм.

С применимыми уголовно-процессуальными правилами неразрывно связан и вопрос об оценке доказательств. Судейский корпус чрезвычайных палат неизбежно столкнется с проблемой допустимости тех или иных конкретных доказательств. Существо проблемы применительно к судебным процессам над «красными кхмерами» заключается в том, что преступления, подпадающие под юрисдикцию чрезвычайных палат, были совершены около 30 лет назад. Многие потенциальные свидетели умерли, оставшиеся в живых свидетели могут с трудом вспоминать конкретные события периода правления «красных кхмеров», значительное число вещественных доказательств утеряно либо пришло в негодное состояние. Проблему усложняет и то обстоятельство, что архивы и документы Демократической Кампучии были вывезены народной армией Вьетнама после оккупации Пномпеня. Группа экспертов по Камбодже, рассматривая этот вопрос, пришла к выводу, что применительно к процессам над «красными кхмерами» должен использоваться подход, который закреплен в правилах процедуры и доказывания МТБЮ и МУТР и применяется в уголовно-процессуальном законодательстве многих государств, а именно – суд принимает все доказательства, которые имеют отношение к делу, оставляя их оценку на усмотрение судей. Однако подобная рекомендация Группы экспертов относилась к предполагаемому учреждению Организацией Объединенных Наций международного уголовного трибунала по Камбодже и не учитывала возможность организации судопроизводства на национальном уровне. Поскольку есть основания полагать, что новый уголовно-процессуальный кодекс Камбоджи будет принят до начала судебных процессов в чрезвычайных палатах, то нормы именно этого закона и станут определяющими в отношении правил оценки доказательств.

Хотелось бы обратить внимание еще на один аспект в связи с Соглашением ООН-Камбоджа. Статья 26 Соглашения в качестве официальных рабочих языков чрезвычайных палат и Палаты предварительного

производства называет кхмерский, английский и французский языки. Особая оговорка сделана в отношении русского языка: «Письменный перевод открытых документов и синхронный перевод на публичных заседаниях на русский язык могут обеспечиваться Королевским правительством Камбоджи *по его усмотрению и за его счет, при условии, что такие услуги не будут влиять на судопроизводство в чрезвычайных палатах*» (курсив авт.). Отметим, что русский язык не назван в качестве одного из официальных рабочих языков.

Исходя из того, что при заключении Соглашения ООН-Камбоджа стороны исходили из положений действовавшего на тот момент камбоджийского Закона 2001 года, обратимся к соответствующей ст. этого закона. Статья 45 Закона 2001 года в качестве официального рабочего языка чрезвычайных палат определяет кхмерский язык с переводами на английский, французский и русский. Таким образом, русский язык также не назван в качестве официального рабочего языка, однако его статус по Закону 2001 года не отличался от английского и французского.

Редакция ст. 26 Соглашения, включающая в состав официальных рабочих языков английский и французский, но не предоставляющая такого же статуса русскому языку, принята по настоятельной рекомендации Генерального секретаря ООН. Приводим дословно его позицию: «Официальными рабочими языками чрезвычайных палат должны быть кхмерский, английский и французский языки. *Никаких других официальных рабочих языков не должно быть*» (курсив авт.)²⁷. Подобная категоричность в позиции Генерального секретаря трудно объяснима, если учитывать, что СССР/РФ принимали активное участие в урегулировании камбоджийского конфликта, подготовке и заключении Парижских мирных соглашений по Камбодже и их реализации. Хотелось бы думать, что Генеральный секретарь всего лишь последовательно отстаивает (как он это понимает) весьма двусмысленный принцип «устойчивости, эффективности и рентабельности» чрезвычайных палат, имея в виду оптимизацию финансовых затрат на их функционирование (*principiorum non est ratio*), а не движим какими-либо иными мотивами²⁸.

²⁷ См.: Доклад Генерального секретаря относительно судебных процессов над «красными кхмерами», п. 16(b). Док. ООН A/57/769 от 31 марта 2003 года.

²⁸ Давление, оказанное Генеральным секретарем на правительство Камбоджи, возымело свое действие. В новой редакции камбоджийского закона (т.е. в Законе 2004 года) статья 45 лаконично определяет, что официальными рабочими языками чрезвычайных палат являются кхмерский, английский и французский языки. О возможности осуществления переводов на какие-либо другие языки нет даже упоминания.

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

Институт Президента РФ в конституционно-правовом механизме осуществления внешней политики России

*Дегтев Г.В.**

В настоящее время происходят значительные изменения на всех уровнях государственного механизма Российской Федерации и в правовых основах его функционирования. В этой связи особое значение приобретает исследование конституционно-правового механизма осуществления внутренней и внешней политики России, т.к. от эффективности государственного механизма в значительной степени зависит успех проводимых в жизнь преобразований в различных областях государственной и общественной жизни страны. При этом особого внимания заслуживает изучение эффективности основных институтов государственной власти. В соответствии с Конституцией РФ государственную власть в Российской Федерации осуществляют Президент, Федеральное Собрание, Правительство, суды, которые действуют на основе принципа разделения властей. При этом главенствующую роль в государственной системе играет Президент. Конституционно-правовой статус главы государства предопределяет объем его полномочий по обеспечению единства и устойчивости системы государственной власти, ее эффективного функционирования в условиях разделения на три самостоятельные ветви: законодательную, исполнительную и судебную. Президент должен обеспечить положение, при котором все органы государственной власти выполняют свои конституционные обязанности в пределах своей компетенции.

* Дегтев Геннадий Валентинович – к.ю.н.

Каждый из органов (институтов) государственной власти лишь частично обеспечивает действие Конституции. Только перед Президентом ставится задача охранять государственные устои в целом, суверенитет и государственную целостность. Лишь при этих условиях все иные органы власти и должностные лица могут осуществлять свои полномочия в нормальном конституционном режиме.

Положение Президента в системе органов государственной власти связано с конституционными прерогативами главы государства по отношению прежде всего к исполнительной власти. Будучи юридически дистанцирован от всех ветвей власти, Президент вместе с тем находится «ближе» к исполнительной, нежели к другим ветвям власти. Это сближение главы государства с исполнительной властью находит выражение в конкретных конституционных полномочиях Президента как главы государства.

Предпосылки этой конституционной ситуации связаны с особенностями формирования Правительства в России. Конституция не связывает процесс формирования Правительства с распределением мест между партиями и фракциями в парламенте. Иными словами, Правительство может быть сформировано по принципу парламентского большинства, но может быть сформировано и без учета этого принципа. Оба подхода соответствуют Конституции. Однако конкретная историческая ситуация, при которой состав Правительства не отражает парламентское большинство, может служить источником проблем в работе системы исполнительной власти, связанных с различными аспектами его деятельности, в частности законотворческой. Следствием этих проблем может стать низкая эффективность исполнительной власти, ее неспособность решать насущные задачи.

Для преодоления подобной ситуации Конституция установила ряд прерогатив Президента, пользуясь которыми он в «текущем» режиме может влиять на деятельность Правительства. Это такие прерогативы, как утверждение структуры федеральных органов исполнительной власти, назначение заместителей Председателя Правительства и министров, право председательствовать на заседаниях Правительства, контроль за законностью его актов, непосредственная подчиненность Президенту «силовых» ведомств. Президент имеет право отправить Правительство в отставку или принять отставку премьера, которая автоматически влечет за собой отставку Правительства в целом.

Таким образом, во взаимоотношениях Президента с Правительством императивность действий главы государства в проведении внутренней и внешней политики проявляется наиболее полно. Правительство и органы исполнительной власти в целом значительно более тесно, нежели другие ветви власти, «связаны» с Президентом, непосредственно подконтрольны ему.

При Президенте действуют консультативные органы: Совет Безопасности и Государственный совет. Президент председательствует в этих советах. Исследование руководящей и координирующей деятельности Президента РФ в различных сферах общественной жизни в отечественной научной литературе осуществлено довольно основательно¹.

Особый интерес представляет изучение роли Президента в сфере внешней политики. Дело в том, что совершенствование конституционно-правового механизма внешней политики РФ и полномочий Президента РФ в сфере внешней политики – актуальная и важная проблема.

¹ См.: Авакьян С.А. Президент Российской Федерации: эволюция правового статуса / Вестник Моск. ун-та. Серия 11, Право. 1998. № 1; Бородин В.В., Корчагина С.В. Законодательная инициатива и правовой статус Президента России // Конституционное и муниципальное право. 1999. № 1; Кайнов В.И. Конституционно-правовой статус Президента России: теория и практика. СПб.: СПб университет МВД РФ, 1999; Лукашук И.И. Внешняя политика: президент и парламент // Государство и право. 1996. № 7; Лучин В.О., Мазуров А.В. Президент – гарант Конституции // Право и политика. 2000. № 3; Лучин В., Филиппов И.В. О Роли Президента в обеспечении разделения и взаимодействия властей // Российская цивилизация: история и современность: Межвуз. сб. науч. ст. Воронеж: ИПФ «Воронеж», 2000. Вып. IX.; Миронов О.О., Горовцов Д.Е. Институт президентства в России и мир // Представительная власть: мониторинг, анализ, информация. 1996. № 4-5 (11-12); Окуньков Л.А. Президент Российской Федерации. Конституция и политическая практика. М.: Изд. группа Инфра-М – Норма, 1996. Окуньков Л.А. Президент и Правительство (в механизме государственной власти) // Журнал российского права. 2001. № 2; Правовой статус Президента Российской Федерации / Под ред. Ю.А. Дмитриева. М., 1997; Президент Российской Федерации в системе разделения властей / Под ред. В.И. Радченко. Саратов, 1999; Пушкина Е.В. Статус Президента в условиях властных противовесов // Проблемы становления президентской республики в современной России: теория и практика. М., 2001; Радченко В.И. Президент в конституционном строе Российской Федерации / Под ред. Б.С. - Эбзева. Саратов, 2000; Суворов В.Н. Институт президентства: российская конституционная модель и зарубежный опыт // Исполнительная власть: сравнительно-правовое исследование: Сб. ст. и обзоров / Отв. ред. В.В. Маклаков. М.: ИНИОН РАН, 1995; Суворов В.Н. Президент и Правительство Российской Федерации: конституционные проблемы взаимоотношений // Труды Московской гос. юрид. акад. 1999. № 4; Суворов В.Н. Глава Российского государства (правовой статус, положение в системе власти). М., 2000; Чеботарев Г.Н. Президентская власть в системе государственной власти Российской Федерации // Российский юридический журнал. 1997. № 4 и др.

Серьезный вклад в анализ этой проблемы вносит учебное пособие, подготовленное коллективом кафедры конституционного права МГИМО с привлечением других ведущих специалистов в данной области². Оно посвящено исследованию сложных проблем влияния конституционно-правового механизма Российской Федерации и зарубежных стран на реализацию внешнеполитического курса этих стран на современном этапе. Однако в дальнейшем изучении нуждаются функционирование внешнеполитического механизма в России и возникающие в этой области проблемы.

Специфика внешнеполитической сферы и ее относительная обособленность предполагают наличие соответствующего конституционно-правового механизма, главным предназначением которого является осуществление собственно политических отношений Российского государства с другими странами и народами. Такой механизм предполагает существование совокупности организационных, регулятивных, коммуникативных и функциональных составляющих, обеспечивающих выработку и превращение в жизнь внешнеполитического курса страны.

Основополагающие начала внешней политики современных государств часто находят свое воплощение в конституциях этих стран, других нормативно-правовых актах конституционного характера, в текущем законодательстве, в международных договорах. Российская Федерация в этом отношении не является исключением, так как в Конституции РФ заложены основы внешней политики и конституционно-правового механизма осуществления внешней политики РФ.

Организационной основой конституционно-правового механизма осуществления внешней политики являются государственные органы, наделенные полномочиями в области внешней политики. Государственные органы, осуществляющие внешнеполитические отношения с иностранными государствами, международными организациями, объединены между собой единством задач и целей в деле реализации внешних функций государства.

Государственные органы, реализующие внешнеполитические функции государства, помимо вышесказанного, объединяет регламентированная нормами права и сложившаяся в ходе практической деятельности совокупность взаимосвязей между ними, вызванная необходимостью их взаимодействия между собой в процессе реализации внешнеполитических функций государства.

² Конституционно-правовой механизм внешней политики: Учебное пособие. М., МГИМО (У), 2004.

Однако в научной литературе на сегодняшний день нет единства в определении названия и содержания упомянутого выше механизма. Наиболее распространенными понятиями, относящимися к сфере внешних сношений государства и используемыми авторами научных работ в области конституционного права, теории государства и права, политологии, являются: «внешнеполитический механизм», «государственно-правовой механизм осуществления внешней политики», «конституционно-правовой механизм осуществления внешней политики».

В ряде случаев авторы употребляют в своих публикациях термин «внешнеполитический механизм», под которым подразумевается система государственных органов, осуществляющих внешнеполитические, внешнеэкономические, научно-технические и культурные связи с иностранными государствами. В других публикациях «внешнеполитический механизм» отождествляется, по сути дела, с «государственно-правовым механизмом внешних сношений», и эти понятия употребляются как взаимозаменяемые.

Н.В. Миронов и И.П. Блищенко употребляют термин «система органов внешних сношений», включая в него не только совокупность государственных органов, наделенных правом осуществления внешних функций государства, но и систему коммуникаций и норм права³. В.А. Зорин, рассматривая роль, место и компетенцию высших и центральных органов внешних сношений в осуществлении внешних функций государства, использует термин «внешнеполитический аппарат», подразумевая под этим структуру и взаимодействие государственных органов, ведающих не только внешнеполитическими, но и внешнеэкономическими отношениями⁴. Ю.И. Лейбо государственные и правовые институты, относящиеся к области внешней политики, объединяет под названием «внешнеполитический механизм»⁵.

По мнению Е.Я. Павлова, «внешнеполитический механизм» – это совокупность приемов и методов, используемых при осуществлении внешней политики государства, а также совокупность сложившихся функциональных связей между государственными органами в области осуществления внешней политики⁶.

³ Миронов Н.В. Правовое регулирование внешних сношений СССР. М., 1971. С. 221-230; Блищенко И.П. Внешние функции социалистического государства. М., 1970. С. 109.

⁴ Зорин В.А. Основы дипломатической службы. М., 1977. С. 91.

⁵ Лейбо Ю.И. Внешнеполитический механизм буржуазных стран Центральной Европы. М., 1984.

⁶ См.: Павлов Е. Конституционно-правовой механизм внешней политики России: теоретические основы // Обозреватель. № 1 (168).

В отличие от внешнеполитического механизма, конституционно-правовой механизм осуществления внешней политики – это совокупность государственных органов, наделенных полномочиями в области осуществления внешней политики, норм права, регулирующих внешнеполитическую деятельность, совокупность приемов и методов, используемых при осуществлении внешней политики государства, а также совокупность сложившихся функциональных связей в организационной структуре этого механизма.

«Внешнеполитический механизм государства» является, по сути дела, функциональным проявлением «конституционно-правового механизма осуществления внешней политики» и составной частью понятия «конституционно-правовой механизм осуществления внешней политики».

Таким образом, по мнению Е.Я. Павлова, «конституционно-правовой механизм осуществления внешней политики» и «государственно-правовой механизм осуществления внешней политики» по своему содержанию идентичны и взаимозаменяемы, так как их организационную и правовую основу составляют одни и те же государственные органы и нормы конституционного (государственного) права. Однако понятие «государственно-правовой механизм осуществления внешних сношений», в отличие от вышеупомянутых терминов, по своему содержанию гораздо шире, так как вбирает в себя не только «конституционно-правовой механизм осуществления внешней политики», но и «внешнеэкономический механизм», «механизм осуществления научно-технического сотрудничества с иностранными государствами» и т.п.⁷.

В итоге можно сказать, что относительная обособленность в государственном механизме РФ конституционно-правового механизма осуществления внешней политики предполагает наличие в рамках государственной организации ряда других механизмов, обеспечивающих реализацию внешних функций государства, например в области внешнеэкономических отношений, в области культурных, научно-технических связей с иностранными государствами и т.п. Принадлежность государственного органа к одному из механизмов в области внешних сношений РФ определяется законодательно закрепленными за ними функциями и полномочиями в области внешних сношений. Государ-

⁷ См.: Павлов Е. Конституционно-правовой механизм внешней политики России: теоретические основы // Обозреватель. № 1 (168).

ственные органы, наделенные внешнеполитическими полномочиями, располагают необходимой материальной базой, организационными и правовыми средствами, а также инструментами для практической реализации отношений с иностранными государствами и другими субъектами международного общения.

К данным средствам и инструментам следует отнести политический, организационный и экономический потенциал государства, организационную структуру этих государственных органов, их инфраструктуру как внутри страны, так и за рубежом, собственную материальную базу, нормативную основу их функционирования⁸.

Таким образом, внешнеполитический процесс современного государства состоит из внешнеполитического механизма (совокупность государственных органов и ведомств, разрабатывающих, принимающих и осуществляющих внешнюю политику в целом и в отдельных ее аспектах), а также институтов и процедур, связывающих внешнеполитический механизм с обществом и транслирующих этому механизму и государству взгляды, интересы, приоритеты общества, различных социальных групп. Эта вторая часть внешнеполитического процесса призвана создавать предпосылки для соответствия внешней политики государства интересам различных социальных слоев, групп и общества в целом, то есть формирует содержание проводимого курса и обеспечивает его поддержку внутри страны⁹.

В рамках СССР у союзных республик не было автономной внешней политики. Согласно Конституции СССР 1977 года союзные республики были «суверенными государствами» в рамках Союза. Но внешняя политика была прерогативой даже не СССР, от чьего имени она проводилась, а непосредственно Политбюро ЦК КПСС, причем в его узком составе и в прямом рабочем контакте с заведующими некоторыми отделов ЦК. Во главе МИДа стоял член Политбюро, и весь контроль, таким образом, находился исключительно в пределах «внутреннего круга» членов Политбюро и секретарей ЦК. Это означало, что внешнеполитический механизм СССР был целиком и полностью замкнут на ЦК

⁸ См.: Павлов Е. Конституционно-правовой механизм внешней политики России: теоретические основы // Обозреватель. № 1 (168).

⁹ См.: Процесс формирования и осуществления внешней политики капиталистических государств. М., 1981; Косолапов Н. Анализ внешней политики: основные направления исследований // Мировая экономика и международные отношения. 1999. № 2; Он же. Внешняя политика и внешнеполитический процесс субъектов международных отношений // Мировая экономика и международные отношения. 1999. № 8.

КПСС: Новая редакция 6-й статьи Конституции СССР, фактически устранившая КПСС от власти, внесла тем самым существенный разлад во внешнеполитический механизм Союза, а распад СССР перечеркнул этот механизм полностью.

Для России, однако, такое положение не стало катастрофой по причине того, что республика никогда и ни в каком качестве не была связана с внешнеполитическим механизмом бывшего СССР. России предстояло начинать создание своего внешнеполитического механизма с самого начала, но не на пустом месте, поскольку ей переходило наследство в виде ведомств-исполнителей – МИДа, внешней разведки, Министерства обороны и других. Необходимо было «только» соединить их новыми линиями соподчинения и обычной межведомственной координации.

Задачу существенно облегчали два обстоятельства. Все внешнеполитические ведомства России изначально были выведены непосредственно под Президента, что давало возможность восстановить внешнеполитический механизм почти в прежнем виде, лишь заменив ЦК аппаратом Президента. Однако положение в самом аппарате, а также состояние, квалификация и методы работы первого Президента РФ на протяжении ряда лет не позволяли справиться с простой в общем-то задачей.

Новую и весьма активную внешнеполитическую роль пытался играть российский парламент, особенно Дума, после октября 1993-го, когда отдельные вопросы внешней политики стали наиболее доступной и безопасной формой оппозиции правящему режиму. Здесь можно выделить две тенденции, с наибольшей полнотой заявившие о себе в 1993-1995 годах. С одной стороны, депутаты, не связанные определившимися долговременными социальными интересами, нередко делали весьма сложные проблемы внешней политики заложницами своих амбиций и разменной монетой во внутривластной борьбе. С другой стороны, из-за слабости парламента в системе федеральной власти России ему было не под силу (за исключением отдельных случаев) блокировать внешнеполитические действия президента. В этой ситуации роль Президента как противовеса крайностям различных политических сил была крайне важна.

Анализ форм участия Президента РФ показывает, что Президент РФ в сотрудничестве с парламентом может успешно разрабатывать стратегический внешнеполитический курс и непосредственно руководить

его выполнением, как это имеет место и во многих зарубежных президентских и полупрезидентских республиках. Исходным является положение Конституции РФ (ст. 80), что Президент в установленном Конституцией порядке принимает меры по охране суверенитета Российской Федерации, ее независимости и государственной целостности; полномочия раскрываются в основном в ст. 86, в которой четко определено, что Президент осуществляет руководство внешней политикой Российской Федерации. Президент в сотрудничестве с парламентом разрабатывает стратегический внешнеполитический курс и непосредственно руководит его выполнением.

Осуществляя внешнеполитический курс, Президент устанавливает прямые контакты с главами других государств (в том числе путем государственных визитов в зарубежные страны, приема глав зарубежных государств в своей стране, переговоров с ними, определения взаимных интересов, установления сотрудничества, посещения влиятельных международных организаций и выступления в их центрах), систематически ведет телефонные переговоры с главами государств и премьер-министрами некоторых сопредельных стран и других государств, участвует лично в важных международных совещаниях и т.д.

Президент лично ведет переговоры по принципиальным вопросам с главами государств и правительств других стран. По уполномочию Президента дипломатические переговоры могут вести назначенные им лица или делегаты. Он лично подписывает важные международные договоры от имени Российской Федерации, для этого Президенту не нужно никакого уполномочивающего документа. Президент также может уполномочить подписать договор определенное лицо (обычно главу делегации), но для этого данному лицу необходимо иметь соответствующий документ от имени главы государства.

Все сказанное выше лишь подчеркивает ответственность Президента за определение внешней политики нашего государства и ее осуществление федеральными государственными органами.

Министерство иностранных дел подведомственно Президенту по вопросам, закрепленным за Президентом конституцией и законодательными актами Российской Федерации. Президент подписывает также ратификационные грамоты, т.е. документы, свидетельствующие об утверждении федеральным законом международного договора Российской Федерации. Если договор двусторонний, то стороны обмениваются ратификационными грамотами, если же договор многосторон-

ний, то его участники сдают ратификационные грамоты одному из участников договора – депозитарию. Вопрос же о самом праве ратифицировать международные договоры может решаться по-разному. В зарубежных странах в зависимости от содержания договора его может ратифицировать либо парламент, либо Президент. Президент принимает верительные и отзывные грамоты аккредитируемых при нем дипломатических представителей, эта процедура нередко сопровождается обменом мнениями по вопросам, имеющим существенное политическое значение, и потому не может считаться, как об этом иногда говорят, чисто протокольной. Эти грамоты адресуются главой иностранного государства главе (Президенту) России. В верительных грамотах указывается, что определенному лицу (послу) поручено представлять интересы своего государства, его словам и действиям надлежит «верить» (отсюда и название «верительная грамота»). При вручении грамот обычно присутствует министр иностранных дел. Речи не произносятся. Дипломатический представитель называет себя, государство, главу своего государства, вручает грамоту Президенту России и кратко представляет своих ближайших сотрудников. Нередко для вручения грамот собирается несколько новых послов. После вручения грамот Президент России имеет краткую беседу с новым послом (послами). Отзывные грамоты прекращают выполнение полномочий конкретного дипломатического представителя. Ратификационная грамота направляется главой иностранного государства Президенту России и удостоверяет, что указанное в ней лицо, т.е. дипломатический представитель, представляет интересы направившего его государства и его словам и действиям надлежит верить. Направление отзывной грамоты означает прекращение полномочий указанного в ней лица. Согласно ст. 83 Конституции РФ Президент назначает и отзывает дипломатических представителей Российской Федерации в иностранных государствах и международных организациях. Дипломатические представители выступают главами дипломатических комиссий, которые, как следует из Венской Конвенции о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 года, представляют аккредитирующее государство в иностранных государствах, в силу этого наделяются определенными правами и несут обязанности в соответствии с нормами международного права.

Дипломатические представители отстаивают интересы Российской Федерации в международных организациях, в частности таких, как

Организация Объединенных Наций и специализированные учреждения ООН, ЮНЕСКО, МОТ и др. Следует заметить, что в соответствии со ст. 83 право назначения и отзыва дипломатических представителей может быть реализовано после консультаций с соответствующими комитетами или комиссиями палат Федерального Собрания.

Конституция не определяет, с какими именно комитетами и комиссиями проводятся консультации. Обычно они проводятся с комитетами, в компетенцию которых входят вопросы внешней политики. Надо также заметить, что ст. 83 устанавливает обязанность проводить только консультации, но само право назначения дипломатических представителей не связывается с результатами этих консультаций. Механизм формирования и осуществления внешней политики должен быть организован таким образом, чтобы политика в максимальной мере отвечала национальным интересам, внутренним и международным, обеспечение которых невозможно без учета интересов других государств и международного сообщества в целом. Несмотря на все свои полномочия, Президент РФ не может быть независим от Федерального Собрания в осуществлении внешней политики. Во имя ее эффективности он нуждается в политической, моральной и материальной поддержке последнего. Парламент издает необходимые законы, включая законы о ратификации договоров, выделяет средства. И поэтому эффективность внешней политики во многом зависит от степени ее всенародности, от ее понимания и одобрения парламентом и населением.

В то же время на переходном этапе в 1990-е годы весьма велика была роль Президента в реализации основной задачи внешней политики РФ в рассматриваемый период, которая заключалась в адаптации внешнеполитического механизма России к системе международных отношений, сложившейся после распада СССР. Такая адаптация объективно шла по трем взаимосвязанным направлениям: 1) обучение и международно-политическая социализация российских новых правящих кругов и элит, первоначально почти не знакомых с этой сферой общественных отношений; 2) формирование внешнеполитического механизма и внешнеполитического процесса Российского государства; 3) вписывание России в реалии постсоветского мира на основе обретения ею комплекса внешних интересов и отработки взаимодействия с другими субъектами международных отношений в новых условиях. При этом центральной и принципиально важной проблемой внешней политики России 1990-х годов было становление самого субъекта этой

политики – неосуверенной постсоветской Российской Федерации с исторически новыми для нее политическим устройством, элитами, экономикой и проблемами. По всем этим направлениям позиция Президента РФ имела ключевое значение. Дело в том, что на протяжении 1990-х годов российская государственность обрела по Конституции 1993 года четкую форму президентской республики. При этом внешнеполитический процесс, с одной стороны, был отмечен высокой степенью размытости и неопределенности, а с другой – полностью замыкался на Президента. Размытость внешнеполитического процесса предопределялась тем, что технология подготовки и принятия решений по важнейшим вопросам внешней политики была не прописана и не оформлена законодательно. МИД России, формально – по указу Президента РФ (1996) – координатор всех действий в сфере внешней политики, на деле неоднократно был вынужден уточнять позицию после заявлений Президента или даже публично расписывался в том, что ничего не знал о подготовке важнейших внешних действий России.

Это говорит о том, что технология функционирования аппарата внешней и оборонной политики РФ не отработана, что МИДу трудно эффективно координировать действия силовых министерств. Более того, зачастую важнейшие внешнеполитические и военные решения Президент принимал сам, опираясь на двух-трех исполнителей его воли. Наиболее яркие примеры этого – принятие решений о войне в Чечне (1994) и десанте в Косово (1998). Практика показала, что ни Федеральное Собрание, ни иные ветви и органы власти, правомочные в сфере внешней политики, были не способны существенно скорректировать решения Президента РФ, тем более добиться их отмены. Такая система принятия решений свойственна скорее авторитарным, нежели демократическим, странам. Авторитарной политической традиции и норме соответствовало и содержание принимавшихся решений. Такое развитие внешнеполитического процесса России пока лишь тенденция, но вполне четко выраженная, к тому же развивающаяся по нарастающей после выборов 2000 года. Сам процесс формирования и осуществления внешней политики остается столь же закрытым, как и раньше, но закрытым намеренно, осознанно, а не по стечению обстоятельств. Политические партии и общественные организации стали даже менее заметны и влиятельны во внешней политике, чем прежде.

Сама внешняя политика при этом выигрывает: благодаря личным качествам главы государства она может становиться четче и прицель-

нее, механизм ее осуществления – более дисциплинированным. Упрощаются процессы подготовки и принятия внешнеполитических документов. Так, начиная с осени 1999 года (фактически уже при Путине) подготовлены и утверждены Президентом обновленная Концепция национальной безопасности РФ, новая Концепция внешней политики РФ, Основные направления развития отношений России со странами СНГ, Доктрина информационной безопасности РФ, доктринальные документы по обороне¹⁰. Впервые за все время существования постсоветской России государство оснащено полным комплектом операциональных концепций и руководящих доктринальных документов в сфере его отношений с внешним миром. Однако задачи развития России в условиях глобализации требуют распространить принципы демократии и на внешнюю политику, дабы сделать ее эффективной. При этом в РФ к концу 1990 годов появились устойчивые признаки того, что постепенно в обществе складываются интересы и социальные предпосылки, способные уже в относительно близком будущем оказывать возрастающее влияние на формирование внешней политики. Речь идет об интересах законопослушного бизнеса, о развивающемся самосознании общества, стремящегося всесторонне и объективно оценить итоги внешнеполитического курса 1985-1999 годов, о растущем числе специалистов в разных областях международных отношений (важным показателем служит то, что кафедры международных отношений и внешней политики, международного права, мировой экономики и т.п. открыты в 1990-х годах во всех университетах России). Это также накопление опыта жизни в новых условиях на внутренней и международной арене.

Всем этим тенденциям предстоит не только развиваться до более завершенных форм, но и побороться за создание институтов и процедур, в совокупности образующих внешнеполитический процесс в его широком смысле – на стыке государства и общества, питающий и ограничивающий внешнеполитический механизм и само государство. Все это существенно изменит и роль института Президента РФ в сфере внешней политики, что будет, несомненно, в русле общедемократических тенденций развития России.

¹⁰ См.: Концепция внешней политики Российской Федерации // Независимая газета. 2000. 11 июля; Доктрина информационной безопасности Российской Федерации // Российская газета. 2000. 28 сентября. См. также: Внешняя политика и безопасности современной России: 1991-1998. В 2 т. М., 1999; От реформ к стабилизации...: Внешняя, военная и экономическая политика России. М., 1995; Современные международные отношения. М., 1998, разд. 3, гл. 1, 2.

ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

Поглощение публичных компаний по праву ЕС

*Калашников Г.О.**

7 июля 2004 г. Государственной думой РФ был принят в первом чтении проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах». Одной из целей законопроекта является включение в Федеральный закон «Об акционерных обществах» положений, позволяющих лицу, приобретшему самостоятельно или совместно с аффилированным лицом (лицами) более 90% акций общества (90% плюс одна акция размещенных обыкновенных акций), требовать от остальных акционеров продажи принадлежащих им обыкновенных акций общества по рыночной цене, подтвержденной независимым оценщиком¹.

ВЫТЕСНЕНИЕ МИНОРИТАРНОГО АКЦИОНЕРА В РОССИИ

Предполагаемые изменения в ФЗ «Об акционерных обществах» гарантируют миноритарным акционерам получение своевременной и достоверной информации относительно решений, принимаемых при принудительном выкупе акций, а также устанавливают принцип равенства в случае выкупа акций по инициативе акционера – владельца крупного пакета, а также по инициативе самих миноритарных акционеров.

В частности, в случае принятия решения о выкупе 90% плюс одна акция размещенных обыкновенных акций приобретатель обязан на-

*Калашников Георгий Олегович – аспирант Института государства и права РАН.

¹ В частности, предлагается ст. 75 изложить в новой редакции, а также дополнить закон «Об акционерных обществах» новыми статьями – 76-1 и 80-1.

править всем оставшимся акционерам заказным письмом требование о выкупе с указанием:

- информации о приобретателе, включая полное наименование и адрес;
- количества принадлежащих акционеру акций, подлежащих выкупу;
- наименования, адреса и других контактных реквизитов платежного агента приобретателя;
- цены за акцию;
- срока выкупа акций, который не может быть менее 30 дней со дня получения требования о выкупе;
- формы ответа акционера;
- копии резолютивной части отчета независимого оценщика, содержащей полное наименование оценщика, номер лицензии на осуществление оценочной деятельности и адрес оценщика.

Следует также отметить тот факт, что законопроект предусматривает возможность для акционера, не согласившегося с расчетом рыночной цены акций общества в связи с выкупом, в течение 6 мес. со дня, когда он узнал или должен был узнать о получении требования о выкупе, обратиться в суд с иском о признании недействительным расчета рыночной стоимости принадлежащих ему акций.

Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» говорит о том, что законопроект учитывает опыт законодательного регулирования «механизма лишения миноритарных акционеров принадлежащих им акций» зарубежных стран (Германия, США, Англия), а также последние изменения в этом вопросе в корпоративном законодательстве ЕС. Так что же это за изменения в ЕС и насколько уместна ссылка российских законодателей?

ПОЧЕМУ ОПЫТ ЕС?

Очевидно, что российские законодатели ссылаясь на изменения в корпоративном праве ЕС, имели в виду относительно новую директиву «О предложениях о покупке» (далее – Директива)², которая отчасти затрагивает и вопрос «механизма лишения миноритарного акционера принадлежащих ему акций», но лишь отчасти. Основной областью применения Директивы являются предложения о покупке путем

² Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids // OJ L 142, 30.04.2004. P. 12-23.

приобретения акций публичных компаний (takeover bid), деятельность которых регулируется законодательством стран ЕС, при условии, что такие акции (все или частично) допущены к обращению на регулируемом рынке в одной или нескольких странах ЕС. Так о чем же конкретно идет речь в Директиве?

Начиная с 1974 г.³ были предприняты многочисленные попытки разработать директиву, направленную на сближение законодательства государств – членов ЕС, регулирующего поглощение публичных компаний, осуществляемое посредством предложений о покупке (takeover bids (англ.); offres publiques (франц.)), однако путь разработки и принятия Директивы был сложен и тернист. В большинстве случаев все предложенные проекты, по мнению ряда экспертов⁴, во многом отражали положения британского Кодекса слияний и поглощений (City Code on Takeovers and Mergers), а именно: временные ограничения процесса поглощения, требования к содержанию предложения, положение об обязательном выкупе акций при приобретении лицом контроля над компанией (mandatory bid), запрещения и др. По той причине, что ряд институтов, в частности положение об обязательном выкупе акций при приобретении лицом контроля над компанией, на момент принятия проектов отсутствовал в национальном праве большинства государств – членов ЕС, они были один за другим отклонены.

Лишь 27 ноября 2003 г. в рамках Совета ЕС было достигнуто политическое согласие в отношении нового проекта⁵. 16 декабря 2003 г. проект получил одобрение со стороны Европейского Парламента, а 21 апреля 2004 г. директива «О предложениях о покупке» после долгих лет работы увидела свет. 1 мая 2004 г. Директива вступила в силу.

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Директива состоит из преамбулы и 23 статей и распространяет свое действие на *предложения о покупке путем приобретения акций публичных компаний (takeover bid; offres publiques), деятельность кото-*

³ См.: *Lekkas Georges*. L'Harmonisation du Droit des Offres Publiques et la Protection de l'Investisseur. Étude Comparée des Règles en Vigueur en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique. Paris, 2001. P. 479-482.

⁴ См.: *Cioffi John W.* The Collapse of the European Union Directive on Corporate Takeovers: The EU, National Politics, and the Limits of Integration // Berkley Roundtable on the International Economy. September 28, 2001; *Hopt Klaus J.* Modern company and capital market problems: improving european corporate governance after Enron // The Journal of Corporate Law Studies. Volume 3, Part 2. October 2003. P. 221-268.

рых регулируется законодательством стран ЕС, при условии, что такие акции (все или частично) допущены к обращению на регулируемом рынке в одной или нескольких странах ЕС. Директива не распространяется на компании, акции которых не обращаются на фондовой бирже; в то же время внутри одного государства – члена ЕС по отношению к таким компаниям может быть установлен эквивалентный режим. При этом Директива применяется как к добровольному, так и к обязательному предложению о покупке. Важным является и тот факт, что не все виды акций подпадают под действие Директивы. Под акциями понимаются акции, разрешенные к продаже и дающие право голоса⁶.

В определении, содержащемся в Директиве, два термина: *предложение о покупке* и *публичные компании* – незнакомы российскому праву, поэтому требуют некоторого пояснения.

Предложение о покупке – институт англо-саксонской правовой системы, получивший свое максимальное развитие в праве Великобритании (*takeover bid*) и США (*tender offer*)⁷. Типичное определение, ставшее уже традиционным, рассматривает предложение о покупке как «общее обнародованное предложение отдельного лица или группы лиц купить акции публичной компании за цену, значительно превышающую текущую рыночную цену»⁸. Процедура поглощения посредством предложения о покупке состоит из следующих этапов, которые также отражают смысл данного вида поглощения: 1) компания-приобретатель объявляет о своем намерении сделать предложение о выкупе акций публичной компании и направляет данное предложение совету директоров поглощаемой компании; 2) совет директоров обязан представить акционерам свои рекомендации относительно целесообразности заключения данной сделки (если рекомендации совета директоров положительные, то поглощение является дружественным, если отрицательные – рассматривается как недружественное, враждебное); 3) акционеры принимают решение о принятии или отклонении пред-

⁵ См.: *Maul Silja & Koulouridas Athanasios*. The Takeover bids Directive // *German Law Journal* Vol. 5 № 4-1 April 2004.

⁶ Ст. 2 (е) Директивы.

⁷ См.: *Lekkas Georges*. L'Harmonisation du Droit des Offres Publiques et la Protection de l'Investisseur. Étude Comparée des Règles en Vigueur en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique. Paris, 2001. P. 22-30.

⁸ См.: *Рид Стэнли Фостер*. Искусство слияний и поглощений / Стэнли Фостер Рид, Александра Рид Лажу; Пер. с англ. М.: «Альпина Бизнес Букс», 2004. С. 668-669.

ложения (решение принимается индивидуально каждым акционером) – принятие предложения означает, что лицо согласилось продать свои акции на условиях, предложенных компанией-приобретателем; 4) закрытие предложения и объявление его результатов; 5) в случае, если предложение было принято необходимым количеством акционеров, выкуп их акций в соответствии с условиями предложения⁹.

Что касается публичных компаний, то уставный капитал таких компаний создается за счет привлечения средств широких кругов акционеров, компании имеют право размещать акции по открытой подписке и коти́ровать их на фондовой бирже¹⁰. Необходимым условием для этого, естественно, является возможность свободной передачи акций. Данные компании являются чисто капитальными образованиями, право личного участия отдельных акционеров в управлении делами компании и представлении ее интересов практически сведено на нет¹¹.

Директива основывается на трех основных принципах: *доступность информации, равенство и невмешательство*, которые более детально отображены как в преамбуле Директивы, так и содержатся в самой Директиве, в частности:

- всем владельцам акций одного и того же класса компании-«мишени» должны быть предоставлены равные права; более того, если приобретается контрольный пакет акций компании-«мишени», интересы миноритарных акционеров должны быть защищены;

- владельцам акций компании-«мишени» должны быть предоставлены разумное время и должная информация о предстоящем предложении о покупке...;

- совет директоров (наблюдательный совет) компании-«мишени» должен действовать в интересах компании в целом и не должен препятствовать владельцам акций принять решение, основываясь на конкретных условиях предложения о покупке;

- не должно создаваться притворных рынков по обращению акций компании-«мишени», компании-приобретателя или акций иных компаний, интересы которых затронуты в ходе поглощения, в той степе-

⁹ См.: Кибенко Е.Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. Киев: Издательство «Юстиниан», 2003. С. 273.

¹⁰ См.: Право Европейского Союза: Учебник для вузов / Под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юрист, 2003. С. 293-294.

¹¹ Российской правовой системе деление на публичные и частные компании незнакомо. С натяжкой к публичным компаниям можно отнести открытые акционерные общества.

ни, что колебание цены акций таких компаний оказалось искусственным и затронуло нормальную деятельность фондового рынка;

- приобретатель имеет право огласить условия предложения о покупке только в том случае, если он гарантировал, что сможет полностью в денежном выражении удовлетворить цену акционеров компании-«мишени»;

- сделанное предложение о покупке не должно более чем в разумных временных рамках препятствовать хозяйственной деятельности компании-«мишени».

Исходя из вышеозначенных принципов и провозглашая защиту интересов акционеров компании-«мишени» как приоритет любого поглощения публичной компании, Директива основное внимание уделяет вопросу использования тех или иных защитных механизмов в ходе поглощения публичных компаний путем предложения о покупке.

НЕДРУЖЕСТВЕННОЕ (ВРАЖДЕБНОЕ) ПОГЛОЩЕНИЕ

Статьи 9, 11 и 12 Директивы определяют защитные механизмы, которые может использовать компания-«мишень» при попытке ее поглощения. Так, закрепляются два правила: «невмешательства» (ст. 9) и «захвата» (ст. 11). Статья 12, с другой стороны, закрепляет за государствами – членами ЕС систему договоренностей, в соответствии с которой то или иное правило может и не быть применено. Вводится двухуровневая система, которая на первоначальном уровне позволяет государствам – членам ЕС отказаться от применения двух вышеописанных правил, в то же время предоставляя компаниям государств – членов ЕС право по своему усмотрению какое-либо из этих правил применить. На втором уровне вводится принцип взаимности. Если государство – член ЕС применяет данную опцию, компания, которая находится в данном государстве-члене и решает прибегнуть к применению ст. 9 и/или 11, может быть лишена такого права в том случае, если приобретатель не применяет правила, предусмотренные ст. 9 и/или 11¹².

Правило «невмешательства» (The Neutrality Rule). Правило «невмешательства», как уже было выше отмечено, предусмотрено ст. 9 Ди-

¹² См.: *Lekkas Georges. L'Harmonisation du Droit des Offres Publiques et la Protection de l'Investisseur. Étude Comparée des Règles en Vigueur en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique. Paris, 2001. P. 492-495.*

рективы. Речь идет о том, что после публичного объявления о предстоящей сделке любой защитный механизм, которым захочет воспользоваться совет директоров (наблюдательный совет) компании-«мишени», подлежит предварительному одобрению общего собрания акционеров такой компании. С целью облегчения применения настоящего правила в таких случаях Директива требует от государств – членов ЕС принятия норм, требующих созыва общего собрания акционеров в кратчайшие сроки. В соответствии с Директивой активный поиск альтернативных покупателей не является нарушением правила «невмешательства»¹³. Что касается решений, принятых до публичного объявления о предстоящей сделке и не реализованных на момент такого объявления, то общее собрание акционеров должно рассмотреть те из них, которые не являются решениями, принятыми в рамках повседневной хозяйственной деятельности компании, и которые могут каким-то образом препятствовать успешному осуществлению сделки.

Правило «захвата» (The Breakthrough Rule). Статья 11 Директивы предусматривает двухступенчатое правило «захвата». Первая ступень используется, когда публичное объявление о предстоящей сделке (поглощении) имело место. В таком случае (а) все ограничения на передачу акций, предусмотренные уставными документами (устав, учредительный договор) и договорами (за рядом исключений), будут считаться недействительными по отношению к приобретателю в течение срока, предусмотренного для принятия предложения о покупке; (б) все ограничения в отношении права голоса на общем собрании акционеров компании-«мишени», на котором обсуждается вопрос о применении тех или иных средств защиты, прекращают свое действие. Акции, предоставляющие права нескольких голосов, на таком общем собрании акционеров будут предоставлять право лишь одного голоса.

Вторая ступень применяется в том случае, если в результате успешного осуществления сделки приобретатель довел свою долю в компа-

¹³ Отсюда можно сделать вывод, что Директива не пресекает такие средства защиты от поглощения как (i) слияние с «белым рыцарем» (*white knight*), т.е. объединение с дружественной компанией, которую обычно называют «белым рыцарем», и (ii) слияние с «белым кавалером» (*white squire*) – брокер, приобретающий меньше акций, чем в контрольном пакете компании. См.: *Владимирова И.Г.* Слияния и поглощения компаний // Менеджмент в России и за рубежом. 1999, № 1. С. 27-48.; *Gaughan Patrick A.* Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructuring. Third Edition. John Wiley & Sons, Inc., New York, 2002. P. 165-238.

нии-«мишени» до 75% от общего числа голосующих акций. В этом случае приобретатель имеет право созвать общее собрание акционеров компании-«мишени» и использовать свое право голоса согласно обычным корпоративным правилам (одна акция – один голос) для внесения изменений в учредительные документы компании-«мишени», а также для снятия и назначения новых членов совета директоров (наблюдательного совета). В данном случае никакие ограничения в отношении голосования или порядка снятия или назначения членов совета директоров, предусмотренные в учредительных документах или договорах компании-«мишени», не будут иметь юридическую силу.

Директива в то же время предусматривает компенсации для тех лиц, которые, обладая правами, перечисленными выше, были их лишены на основании ст. 11 Директивы. Такие права частично включают так называемые «золотые парашюты»¹⁴. Компенсации предоставляются в соответствии с национальным законодательством государств – членов ЕС.

Возможность выбора. В отношении возможности выбора применения или нет положений ст. 9 и 11 Директива опять же предоставляет двухуровневую систему такого выбора. На первоначальном этапе государства – члены ЕС имеют право воздержаться от применения правила «невмешательства» (ст. 9) и правила «захвата» (ст. 11). Это означает, что государства – члены ЕС имеют право (а) не требовать от компаний, учрежденных на их территориях, применять положения, ограничивающие полномочия совета директоров (наблюдательного совета) в принятии тех или иных средств защиты от поглощения и (б) не признавать недействительными положения учредительных документов, договоров, предназначенных для осложнения возможного поглощения.

На втором уровне государства – члены ЕС, решившие воздержаться от применения положений ст. 9 и 11 Директивы, должны предоставить компаниям, учрежденным на их территории, право выбора в отношении применения процедур, предусмотренных этими статьями Директивы.

¹⁴ Заключение контрактов на управление является одним из наиболее часто используемых средств защиты от поглощения. Его суть состоит в том, что компании заключают со своим управленческим персоналом контракты на управление, в которых предусматривается высокое вознаграждение за работу руководства. Это служит эффективным средством увеличения цены поглощаемой компании, так как стоимость «золотых парашютов» (*golden parachutes*) в этом случае существенно возрастает. См.: Рудык Н.Б. Золотые парашюты // Финансист. 2001. № 3 (март – апрель), С. 36-40.

Так, компании имеют право воспользоваться процедурами, предусмотренными в ст. 9 и/или 11 даже в том случае, если государство – член ЕС, где компания зарегистрирована, решило отказать в их применении. Решение компании и соответственно решение о внесении изменений в учредительные документы (если необходимо) должны быть приняты на общем собрании акционеров с соблюдением всех корпоративных правил и процедур государства места регистрации компании.

Оговорка о взаимности (Reciprocity Clause). Когда компания, применяющая правила, предусмотренные ст. 9 и/или 11, делает это по причине необходимости или самостоятельно принимает такое решение, государство – член ЕС, где компания-«мишень» зарегистрирована, имеет право освободить компанию-«мишень» от необходимости соблюдения таких правил в том случае, если приобретатель этим правилам не следует. Подобная ситуация может возникнуть когда приобретатель зарегистрирован в государстве – члене ЕС, которое решило воздержаться от применения правил, предусмотренных ст. 9 и/или 11, а компания-«мишень» находится в государстве – члене ЕС, которое, напротив, решило эти правила применить. Такая же ситуация может возникнуть, если такое государство – член ЕС решило отказать от применения правил, а компания-«мишень» решила такие правила применить, при том что приобретатель этого не сделал.

В отличие от возможности компании присоединиться к правилам, предусмотренным ст. 9 и/или 11 Директивы, положение о взаимности не предоставляет компаниям такого права непосредственно, оно позволяет государствам – членам ЕС по своему усмотрению решить, предоставлять такое право той или иной компании или нет.

Вышеозначенную двухуровневую систему более наглядно можно проиллюстрировать следующим образом. Предположим два варианта развития ситуации: (а) государство – член ЕС решает применить ст. 9 и/или 11 Директивы, в этом случае компании-резиденты такого государства не обладают правом отказать от применения таких правил. В то же время такое государство – член ЕС может позволить компаниям-резидентам отказать от применения правил, предусмотренных ст. 9 и/или 11, в том случае, если приобретатель таких правил не придерживается. Если государство – член ЕС этого не сделает, компания-резидент не может отказать от применения таких правил самостоятельно; (б) государство – член ЕС решает отказать от применения правил, предусмотренных ст. 9 и/или 11 Директивы, в этом случае за

компаниями-резидентами сохраняется право применять одно или оба правила. Компания опять же не может самостоятельно отказаться от применения правил, если оказывается, что приобретатель их не применяет. Лишь государство – член ЕС может позволить компании-резиденту отказаться от их применения.

ДОСТУПНОСТЬ ИНФОРМАЦИИ

Дела Enron, WorldCom, а затем и Parmalat еще раз подчеркнули важность и необходимость доступа акционеров к хозяйственно-финансовой информации о деятельности публичной компании. Принципы «прозрачности» и «открытости» в Директиве отображены. От компаний, акции которых обращаются на фондовых биржах, требуется раскрывать в своих ежегодных отчетах структуру своего капитала и управления. Ежегодные отчеты публичных компаний должны в обязательном порядке содержать следующую информацию¹⁵:

- различные виды акций, в особенности акции, не предназначенные для обращения на бирже;
- крупные прямые или косвенные держатели акций;
- ограничения при передаче акций;
- особые права управления;
- соглашения, заключенные акционерами, в результате чего передача акций может быть ограничена;
- правила, регламентирующие снятие и назначение совета директоров компании, а также порядок принятия поправок в учредительные документы компании;
- полномочия совета директоров (наблюдательного совета), в особенности возможность выпускать или выкупать акции;
- любые соглашения между компанией и третьими лицами, которые вступают в силу, подлежат изменению или прекращению только после смены контроля компании в результате публичного поглощения путем предложения о покупке;
- любые соглашения между компанией и ее советом директоров (наблюдательным советом) или сотрудниками, предоставляющие компенсации, если последние уволятся по собственному желанию или будут уволены без веских оснований или потеряют работу в результате поглощения.

¹⁵ Ст. 6 Директивы.

Перечисленная выше информация в отношении структуры капитала и управления компании должна также быть предоставлена на ежегодном общем собрании акционеров компании.

При всем видимом благе в отношении большей открытости компании думается, что требования Директивы в отношении раскрытия информации в случае средних компаний приведут к значительному увеличению «бумажной» волокиты¹⁶.

ЗАЩИТА МИНОРИТАРНЫХ АКЦИОНЕРОВ

Директива закрепляет ряд принципов в отношении защиты миноритарных акционеров, а именно: равноправие акционеров компании-«мишени»; обязательное предложение о покупке; принцип справедливой цены и правило о денежных средствах. При этом если первый принцип применяется в отношении всех предложений о покупке, то остальные применяются исключительно к обязательным предложениям о покупке¹⁷.

Принцип равенства (The Equal Treatment Principle). Ключевым принципом, отраженным в Директиве, является принцип «равноправия». Согласно ему всем акционерам компании-«мишени», владеющим акциями одинакового класса, должны быть предоставлены равноценные права. Здесь стоит сказать, что английское слово “equivalent”, используемое в тексте Директивы, вовсе не равнозначно слову “equal”, смысл которого именно в равенстве предоставляемых прав. Таким образом, представляется возможным, что приобретатель, используя неточность терминологии, может и не предоставить всем акционерам компании-«мишени», владеющим акциями одинакового класса, равные права. Данный принцип, как уже выше говорилось, применяется к акционерам компании-«мишени» во всех случаях поглощения: добровольного (акционеры самостоятельно продают свои акции) или обязательного (акционеры вынуждены продать свои акции в соответствии с требованиями действующего законодательства).

¹⁶ См.: *Lekkas Georges*. L'Harmonisation du Droit des Offres Publiques et la Protection de l'Investisseur. Étude Comparée des Règles en Vigueur en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique. Paris, 2001. P. 482-486.

¹⁷ См.: *Lekkas Georges*. L'Harmonisation du Droit des Offres Publiques et la Protection de l'Investisseur. Étude Comparée des Règles en Vigueur en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique. Paris, 2001. P. 487-492.

Правило об обязательном предложении (The Mandatory Bid Rule). Правило об обязательном предложении гарантирует то, что приобретатель по получении определенного процента от голосующих акций компании-«мишени», которые позволят ему осуществлять контроль над компанией, предложит оставшимся владельцам акций компании-«мишени» справедливую цену за акции, находящиеся во владении последних. Процент, по достижении которого будет считаться, что приобретатель получает контроль над компанией, равно как метод его расчета, остаются на рассмотрении государств – членов ЕС. В Германии и Великобритании, например, такой предел сейчас установлен в размере 30%¹⁸.

Принцип справедливой цены (The Equitable Price Principle). Принцип справедливой цены Директива рассматривает в двух плоскостях. Во-первых, в случаях, когда предусмотрено обязательное предложение, приобретатель обязан предложить справедливую цену, которая определяется как «наиболее высокая цена, которую бы заплатил приобретатель за такие же акции в течение срока, определяемого государствами – членами ЕС. При этом такой срок не может быть менее шести месяцев и более двенадцати месяцев до объявления о поглощении»¹⁹.

Во-вторых, приобретатель обязан предложить цену, равную наиболее высокой цене, которая была заплачена за акции после объявления о поглощении, если таковая выше первоначально предложенной цены.

Государства – члены ЕС могут частично отойти от применения правила о наиболее высокой цене, притом что компетентный регулирующий орган вносит изменения в исключительных случаях, а такие изменения в цене не противоречат цели правила об обязательном предложении.

Денежные средства. Директива предусматривает, что приобретатель за приобретаемые акции вправе предложить ценные бумаги, денежные средства или совокупность обоих средств. В то же время Директива говорит о том, что денежные средства должны быть предложены в обязательном порядке в следующих случаях:

- предлагаемые ценные бумаги не обращаются на фондовых биржах;

¹⁸ См. §§ 29, 35 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpUG) в отношении Германии, а также Правило 9.1 City Code on Takeovers and Mergers в отношении Великобритании.

¹⁹ Ст. 5 (4) Директивы.

- приобретатель до окончания поглощения приобрел акции компании-«мишени», составляющие 5% и более ее голосующих акций за денежные средства;

- государства – члены ЕС решают, что цена за приобретаемые акции компании-«мишени» должна быть уплачена денежными средствами.

ВЫТЕСНЕНИЕ АКЦИОНЕРОВ И ВЫКУП ПО СПРАВЕДЛИВОЙ ЦЕНЕ

После того как в результате поглощения в распоряжении приобретателя будет находиться подавляющее большинство акций компании-«мишени», он имеет право «вытеснить» оставшихся акционеров, предложив им справедливую цену за их акции. Вводимая процедура вытеснения акционеров (squeeze-out procedure) может быть использована лишь в том случае, если приобретатель в результате поглощения или станет владельцем не менее 90% (по усмотрению государства – члена ЕС потолок может быть увеличен до 95%²⁰) акций компании-«мишени», или приобретет (заключит договор на приобретение) не менее 90% акций компании-«мишени». Лишь в этих случаях можно требовать от оставшегося меньшинства продать принадлежащие им акции по справедливой цене.

Директива также закрепляет право акционеров, оставшихся в меньшинстве после окончания сделки по поглощению, требовать от акционера, владеющего контрольным пакетом акций (контроль определяется так же, как и в случае с процедурой «вытеснения»), выкупа принадлежащих им акций по справедливой цене (sell-out right). Санкции за нарушения, совершенные в процессе поглощения компаний, должны быть предусмотрены национальным законодательством.

ЗАЩИТА ПРАВА ВЫБОРА

Директива исходит из принципа, что акционеры компании-«мишени» в своем выборе в отношении будущей продажи своих акций не должны быть зависимы от количества предоставляемого для этого времени и/или неточности предоставляемой информации.

²⁰ Такая возможность была предоставлена в связи с различием потолков в разных государствах – членах ЕС. Так в Великобритании он установлен в размере 90% (раздел 429-430В Companies Act), в то время как в Германии порог установлен в размере 95%.

Время. В соответствии с Директивой акционерам компании-«мишени» должно быть предоставлено достаточно времени, чтобы принять обдуманное решение в отношении предложения о покупке. Предложение, сделанное приобретателем, должно действовать не менее двух недель, но не более десяти недель с момента его опубликования в установленном порядке.

Информация. Директива предусматривает широкий перечень информации в отношении предложения о покупке, с которой должны быть ознакомлены акционеры компании-«мишени». Среди прочего в него входит следующая информация:

- условия предложения о покупке;
- информация о приобретателе, в случае если это юридическое лицо;
- наименование, вид и юридический адрес;
- информация об акциях, подлежащих приобретению;
- максимальный и минимальный процент или количество акций, которые планируется приобрести;
- информация в отношении финансирования предложения; и т.д.

КОМПЕТЕНТНЫЙ ОРГАН И ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО

Директива требует от каждого государства – члена ЕС определить компетентный орган, в полномочия которого будет входить осуществление контроля за сделками по поглощению публичных компаний. Это может быть не только государственный орган, но и саморегулирующаяся организация, такая как британская Комиссия по слияниям и поглощениям (Panel on Takeovers and Mergers).

Что касается ситуаций с трансграничными поглощениями публичных компаний, то по общему правилу отношения регулируются правом того государства, где находится зарегистрированный офис компании и где ее акции допущены к публичному размещению. Однако если зарегистрированный офис компании находится в одном государстве, а ее акции допущены к публичному размещению в другом государстве или если акции компании находятся в биржевом обращении нескольких стран, то применимое право определяется следующим образом. Если вопрос касается непосредственно сделки, то подлежит применению право той страны, где акции были допущены к публичному размещению (если они допущены к публичному размещению в нескольких странах). Если вопрос касается самой компании, то подлежит при-

менению право государства, на территории которого находится ее зарегистрированный офис. Соответствующие принципы применяются и при определении компетентного органа.

ВМЕСТО ЗАКЛЮЧЕНИЯ

Директива «О предложениях о покупке», по сути, многие вопросы в отношении защиты прав акционеров при поглощении публичных компаний посредством предложения о покупке оставляет на рассмотрение национального права государств – членов ЕС, поэтому велика вероятность, что провозглашенные в Директиве принципы каждым государством – членом ЕС будут трактоваться и применяться по-разному.

Что касается попытки рецепции норм права ЕС российским законодателем, то, во-первых, в ЕС процедура «вытеснения» миноритарных акционеров применяется в отношении публичных компаний. Их специфика, как было отмечено, заключается в том, что уставный капитал таких компаний создается за счет *привлечения средств широких кругов акционеров*, компании имеют *право размещать акции по открытой подписке и котируют их на фондовой бирже*. Основным отличием российских открытых акционерных обществ от публичных компаний западного типа является то, что российские ОАО, к сожалению, в единичных случаях *привлекают средства широких кругов акционеров* и тем более *котируют свои акции на фондовых биржах*. Если российским ОАО на современном этапе их развития позволить избавиться от миноритарных акционеров, они тут же превратятся в «закрытые» – как по организационной форме, так и по существу. В отдельных сферах экономики это незамедлительно приведет к монополизации рынков товаров и услуг и, как следствие, к неконтролируемому росту цен.

Во-вторых, копирование корпоративных норм, применяемых в других странах, не кажется тем путем, по которому должно идти дальнейшее законодательное развитие России. К примеру, можно сказать, что директива ЕС «О предложении о покупке» разрабатывалась, обсуждалась и видоизменялась неоднократно в течение почти 30 лет. Не следует второпях утверждать очередную «модную» процедуру, а тем более в условиях становления макроэкономического рынка России и его интеграции в мировую экономическую систему.

Вместе с тем нельзя не отметить, что российская действительность диктует свои условия. Бывают случаи, когда миноритарный

портфельный акционер тормозит или блокирует принятие того или иного решения.

Во всем мире у акционеров есть два базовых права: на управление и на дивиденды. И если для мажоритарного акционера принципиально важным является право на управление и он старается больше контролировать все финансовые потоки, то от миноритарных акционеров необходимо «откупаться» дивидендами. В России регулярные выплаты дивидендов – явление редкое, отсюда и постоянная борьба между мажоритарными и миноритарными акционерами. От внутренней корпоративной борьбы проигрывает прежде всего само общество, потребители, т. е. мы с вами.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО

Принципы современного международного торгового права

*Дедусенко А.С.**

Международное торговое право призвано регулировать разнообразные и динамично развивающиеся международные торговые отношения. На сегодняшний день в международном торговом праве остается еще множество неисследованных вопросов, один из которых – определение сущности и юридического содержания его принципов.

Четкое представление о принципах международного торгового права важно не только для развития науки и практики международного права, но и для эффективного функционирования законодательной и правоприменительной деятельности в отдельных государствах и на международном уровне. В эпоху глобализации, усиления экономической интеграции во всем мире Россия становится активным участником сложной системы международных торговых отношений, основанных на твердом фундаменте основных принципов международного права и специальных принципов международного торгового права. Сегодня, когда Российская Федерация стоит на пороге вступления во Всемирную торговую организацию (ВТО), ей необходимо привести свое законодательство в соответствие с принципами и правилами ВТО¹,

* Дедусенко Антон Сергеевич – Ростовский государственный университет, юридический факультет, кафедра международного права и правопедения, преподаватель и аспирант.

¹ Отметим, что, даже не будучи членом ВТО, РФ в нормах национального законодательства, международных соглашениях и политических заявлениях уже сейчас берет на себя обязательства следовать отдельным правилам и принципам ВТО. В качестве примера следует привести Соглашение о формировании единого экономического пространства (Ялта, 19 сентября 2003 г.), Заявление Глав СНГ (Ялта, 19 сентября 2003 г.), Постановление Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456, письмо Министерства внешнеэкономических связей № 10-112/35 от 5 января 1995 г. и др.

поэтому российскому законодателю и правоприменителям необходимо разобраться в сущности и юридическом содержании принципов международного торгового права. Исследуемый вопрос весьма актуален для практической деятельности российских судей в свете Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»². Так, в п. 18 указанного Постановления содержится рекомендация Российской академии правосудия «при организации учебного процесса подготовки, переподготовки и повышения квалификации судей и работников аппаратов судов обращать особое внимание на изучение общепризнанных принципов... международного права». Установка на то, что судья применяет только закон, не оценивая его с точки зрения принципов международного права, способна замедлить развитие российской судебной системы и правовой реформы³.

Принципы права – это основные нормативные начала, в которых аккумулируются, отражаются характерные признаки и черты данного типа права⁴. Такое определение принципов права дается учеными, занимающимися изучением вопросов общей теории права. При исследовании вопросов теории международного права всегда полезно руководствоваться мнением известного юриста-международника Д.И. Фельдмана⁵ о том, что выводы теории права могут быть использованы при изучении международного права лишь до определенных пределов, обусловленных его спецификой как самостоятельной правовой системы.

Прежде всего, принципы международного права не следует отождествлять с нормами международного права. В отличие от нормы, которая, как правило, призвана регулировать более конкретное правоотношение, касающееся определенного объекта международного права, принцип международного права распространяет свое действие на целую область правоотношений. Кроме того, по сравнению с нормой принцип является более долговечным, меньше подвержен влиянию меняющихся обстоятельств. В то же время по сравнению с нормами

² Бюллетень Верховного Суда РФ № 12, 2003.

³ Нешатаева Т.Н. Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права. Вестник ВАС РФ. 2004. № 3. С. 138.

⁴ Теория государства и права / Под ред. Васильева. М., 1985. С. 236-237.

⁵ См.: Фельдман Д.И. Система международного права. Казань, 1983. С. 5.

принципы и формируются в течение более длительного времени. Даже если принцип появляется в результате заключения договора, то этому, как правило, предшествует формирование соответствующего обычая или, что стало характерным для практики ООН, принятие принципа в качестве рекомендации государствам и в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН.

Содержание принципов в международном праве составляет своеобразные рамки, в которых существует большее или меньшее количество норм. Вместе с тем нередко понятия принципа и нормы, имеющей широкое содержание, используются в качестве равнозначных, в таком случае часто употребляется определение нормы-принципы. Существуют и так называемые доктринальные принципы международного права, которые еще не нашли отражения в источниках международного права, но активно выделяются в науке ввиду особой актуальности охватываемых ими международно-правовых отношений.

В научной литературе, посвященной исследованию вопросов международного торгового права, а также в текстах международных соглашений нередко, наряду с «принципами», встречаются указания на *режимы международной торговли* и (или) на так называемые *клаузулы* (клаузы). В этой связи следует заметить, что применительно к международному торговому праву клаузула (англ. (фр.) *clause*, нем. *Klausel* – оговорка) представляет собой определенное договорное условие, закрепленное в отдельно взятой норме или совокупности норм международного договора, или, другими словами, форму договорной конкретизации принципа международной торговли. Существует множество клаузул, но только один принцип.

Прежде чем ответить на вопрос, что представляет собой тот или иной режим международной торговли, следует четко определить понятие правового режима. Признанный теоретик права профессор С.С. Алексеев указывает на то, что понятие режима «несет в себе основные смысловые оттенки этого слова, в том числе и то, что правовой режим выражает степень жесткости юридического регулирования, наличие известных ограничений и льгот, допустимый уровень активности субъектов, пределы их правовой самостоятельности»⁶. Другими словами, правовой режим представляет собой комплекс общественных отношений определенного вида деятельности, складывающихся в связи с деятельностью разных субъектов по поводу определенного

⁶ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 186.

объекта, закрепленный юридическими нормами и обеспеченный совокупностью юридико-организационных средств.

Применительно к международному торговому праву термин «режим» (в английском варианте нередко используется термин *treatment* – обращение), возможно понимать двояко: 1) режим как комплекс правоотношений, складывающихся во внутригосударственном праве в целях реализации клаузулы; 2) режим как комплекс правоотношений, складывающихся в межгосударственных отношениях на основе принципа⁷. Таким образом, режим в международном торговом праве вторичен по отношению к принципу и предполагает учет комплекса общественных отношений, урегулированных нормами международного и внутригосударственного права, принятыми во исполнение принципа. Представляется, что при характеристике принципов международного торгового права, связанных с предоставлением того или иного режима, правильно использовать формулировку «принцип предоставления режима...»⁸. В этой связи нельзя согласиться с теми авторами, которые рассматривают режимы, принципы и клаузулы международной торговли в качестве равнозначных понятий⁹.

На основании изложенного следует прийти к выводу, что *принципы международного торгового права – это закрепленные в различных его источниках или выраженные в устойчивой международной практике юридически обобщенные правила поведения субъектов международного торгового права, создающие основу для создания внутренне согласованной и эффективной системы юридических норм, а также для непосредственного регулирования многообразных международных торговых отношений*

В зависимости от того, какой подход к пониманию сущности международного торгового права может быть избран – узкий или широ-

⁷ Шумилов В.М. Международное экономическое право. Ростов-на-Дону, 2003.

⁸ См.: Богуславский М.М. Международное экономическое право. М., МО, 1986. С. 113, 273; Войтович С.А. Режим наибольшего благоприятствования в торгово-экономических отношениях. Советский ежегодник международного права (СЕМП). 1987. С. 172; Волова Л.И., Папушина И.Э. Международное инвестиционное право. Ростов-на-Дону, 2001. С. 33.

⁹ Так, в словаре-справочнике «Международное право» под редакцией д.ю.н. В.Н. Трофимова (М., 1997) режим наибольшего благоприятствования определяется как «принцип международных экономических отношений» (С. 282). См. также: Устинова Т.С. Режим наибольшего благоприятствования в современном международном праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 5.

кий¹⁰, – следует, на наш взгляд, выделять две основные концепции юридической природы принципов международного торгового права.

Первая концепция основана на узком понимании международного торгового права как права Всемирной торговой организации. С этой точки зрения принципы международного торгового права рассматриваются исключительно в рамках системы права ВТО и применяются главным образом для разрешения торговых споров между членами Организации. По мнению сторонников данного подхода, государства – члены системы ВТО добровольно делегируют свои полномочия в определении основных положений международного торгового права международной организации, обладающей признаками наднациональности¹¹.

В преамбуле к Марракешскому соглашению о создании международной (всемирной) торговой организации (далее – Марракешское соглашение)¹² государства-участники высказали решимость «сохранить основные принципы и способствовать достижению целей, лежащих в основе многосторонней торговой системы». Грамматическое и логическое толкование¹³ цитируемого текста Преамбулы Марракешского соглашения позволяет сделать следующие выводы.

¹⁰ Необходимо иметь в виду, что существуют не менее восьми подходов к пониманию сущности международного торгового права (МТП): 1) МТП как самостоятельная отрасль МП (В.И. Лисовский); 2) МТП как отрасль (подотрасль) внутрисоциального права (Г.Ф. Шершеневич, Максимилян Паздань); 3) МТП как комплексная отрасль МП, включающая нормы не только публично-правового, но и гражданско-правового характера (И.В. Шаповалов); 4) МТП как часть особой отрасли международного хозяйственного права (В.М. Корецкий, М.М. Богуславский); 5) МТП как институт международного публичного права (Г.М. Вельяминов); 6) МТП как часть некоего «нового международного права» (П. Петер, Ф. Джессоп); 7) МТП как право ВТО (Мейхард Хилф); 8) МТП как подотрасль международного экономического права, являющегося отраслью МП (В.М. Шумилов, Л.И. Волова, Б.М. Ашавский, Д. Джексон). Выводы, приводимые в настоящей статье, основываются на двух последних подходах, так как, по мнению автора, они представляются наиболее приемлемыми. См.: Дедусенко А. Международное торговое право как подотрасль международного экономического права. Сборник статей и тезисов межвузовской студенческой конференции. Москва, 11-12 апреля 2003 г. С. 92-94.

¹¹ Deborah Z. Cass. The “Constitutionalization” of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade, EJIL (2001), Vol. 12 № 1, P. 39-75.

¹² Действующее международное право. Т. 3, сборник «Всемирная торговая организация: документы и комментарии» / Под ред. С.А. Смирнова. М., 2001.

¹³ Грамматическое толкование представляет собой уяснение смысла нормы путем анализа слов, терминов, а также ее текста с точки зрения этимологии, лексики, синтаксиса

Во-первых, в Соглашении содержится юридическое подтверждение существования основных принципов торговой системы.

Во-вторых, принципы международного торгового права, составляя основу многосторонней торговой системы, определяют содержание других норм права ВТО.

В-третьих, в преамбуле используется понятие многосторонней торговой «системы». С юридической точки зрения «система» предполагает «специальный правовой порядок, который связывает различные принципы в форму единого целого»¹⁴.

Важно отметить, что не существует какого-то главенствующего принципа международного торгового права, напротив, все они должны рассматриваться во взаимосвязи между собой. По мнению профессора Гамбургского университета Мейхарда Хилфа, при разрешении конкретного спора, вытекающего из международных торговых отношений, во внимание должна приниматься вся совокупность норм и основных принципов международного торгового права. При этом, по его мнению, процесс нахождения правильного решения должен проходить под эгидой принципа пропорциональности в том виде, в котором он применяется при разрешении споров Судом ЕС и Международным судом ООН, то есть ни один из применяемых принципов не должен рассматриваться как бесполезный или излишний¹⁵.

В системе органов ВТО главенствующая роль в применении и интерпретации принципов принадлежит специальным группам и Апелляционному органу. В деле “US-Shrimp”¹⁶ Апелляционный орган высказал правовую позицию, заключающуюся в том, что именно на нем «лежит обязанность трактовать часто фрагментарные правила ВТО»¹⁷. При этом Апелляционный орган не имеет права давать обязательные к применению государствами – членами ВТО толкования соглашений в рамках ВТО, так как в соответствии с положениями ч. 2 ст. 9 Марра-са и даже стилистики языка. Логическое толкование подвергает текст нормы анализу, основанному на законах и правилах логики. См.: Лукашук И.И., Лукашук О.И. Толкование норм международного права. М., 2002. С. 65-93.

¹⁴ Joseph Esser. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (3rd edn Tubingen, Mohr 1974) № 2, P. 44.

¹⁵ Meinhard Hilf. Power, rules and principles – which orientation for WTO/GATT law? Journal of International Economic Law (2001), P. 130.

¹⁶ “USA-Import prohibition of Certain Shrimp and Shrimp products” (US-Shrimp) WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998.

¹⁷ Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US-Shrimp), WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, para 155.

кешского соглашения такого рода полномочия отнесены к исключительной компетенции Конференции министров и Генерального совета. Однако доклады Апелляционного органа и специальных групп, безусловно, могут служить для подтверждения существования принципов международного торгового права.

Анализируя право ВТО, профессор Г.М. Вельяминов предлагает выделить как «общераспространенные (принцип наибольшего благоприятствования, недискриминации, национального режима, преференциальности)..., так и специфические для ГАТТ/ВТО (исключительность тарифных средств регулирования; последовательность тарифных уступок, их связанность; прозрачность торгового регулирования)» принципы¹⁸. А.Б. Цепов утверждает, что следует признать существование основных императивных принципов ГАТТ/ВТО, которые «проверены правоприменительной практикой»: принцип преимущественного использования таможенных тарифов для защиты национальной экономики, принцип взаимности в предоставлении торгово-политических уступок, принцип добросовестной конкуренции, свободы торговли и развития торговли с помощью многосторонних переговоров¹⁹. Н.Г. Воробьева полагает, что в качестве таковых необходимо рассматривать принципы: отказа от дискриминации, предоставления режима наибольшего благоприятствования, предоставления национального режима, обеспечения предсказуемого доступа на рынки, развития справедливой конкуренции, поощрения экономических реформ, принцип «открытого регионализма»²⁰.

С нашей точки зрения в свете основных положений изложенной концепции следует назвать следующие **принципы международной торговли, которые напрямую вытекают из права ВТО**: принцип предоставления режима наибольшего благоприятствования, принцип предоставления национального режима, принцип либерализации торговли, принцип предоставления режима свободной торговли, принцип взаимности, принцип недискриминации в торговле, принцип устойчивого развития в торговле, принцип многостороннего правового взаимодействия, принцип открытости (прозрачности), принцип исключитель-

¹⁸ Г.М. Вельяминов. Международное экономическое право и процесс. М., 2004. С. 167.

¹⁹ Цепов А.Б. Международно-правовые аспекты деятельности ВТО. Дис. ... канд. юрид. наук. МГИМО (У). М., 1999. С. 22.

²⁰ Воробьева Н.Г. Международные соглашения ВТО о мерах по защите экономических интересов государств. Дис. ... канд. юрид. наук. РУДН. М., 2000. С. 36.

ной таможенной защиты, принцип запрета нетарифных барьеров, принцип (положение) «статус-кво» (стенд-стил), принцип единого пакета, принцип «открытого регионализма».

Памятуя о том, что право ВТО постоянно развивается и совершенствуется, указанный перечень принципов не следует считать исчерпывающим. Можно согласиться с приведенной выше позицией профессора Вельяминова, выделяющего общераспространенные и специфические принципы права ВТО. Названные им общераспространенные принципы в силу их закрепления в многочисленных источниках международного экономического права смело можно отнести к числу отраслевых принципов международного экономического права (МЭП).

Между тем необходимо обратить внимание на важное с практической точки зрения замечание профессора Л.А. Алексидзе о том, что название принципа необязательно должно отражать его основное содержание²¹. Напротив, применительно к каждой отрасли (подотрасли) международного права принципы наполняются особым содержанием, отражающим специфику предмета и источников отрасли (подотрасли).

Вторая концепция исходит из понимания международного торгового права как подотрасли МЭП (которое, в свою очередь, является отраслью международного публичного права), представляющей собой совокупность специфических норм, регулирующих обширную сферу (область) международных экономических отношений.

Такое понимание международного торгового права предполагает, на наш взгляд, рассмотрение нескольких видов принципов. Рассматриваемые ниже виды принципов международного торгового права образуют своего рода иерархию. В работе, посвященной принципам международно-правового регулирования межгосударственных экономических отношений, С.А. Войтович замечает, что каждый принцип, занимающий иерархически более низкую ступень в системе международно-правовых норм, является в той или иной степени конкретизацией иерархически более значимых принципов. «Каждый иерархически вышестоящий принцип, характеризуясь самостоятельным нормативным существованием, выступает одновременно как степень обобщения более конкретных принципов»²².

²¹ Алексидзе Л.А. Некоторые вопросы теории международного права. Императивные нормы *jus cogens*. Тбилиси, 1982. С. 321.

²² Войтович С.А. Принципы международно-правового регулирования межгосударственных экономических отношений. Дис. ... д-ра юрид. наук. Киев, 1983. С. 32.

Прежде чем охарактеризовать виды принципов международного торгового права, следует отметить, что в теории международного права принципы классифицируют на определенные группы. Так, в зависимости от круга субъектов, которыми признаются данные принципы, их принято делить на универсальные и региональные. В зависимости же от сферы действия принято выделять общие (основные) и отраслевые (специальные) принципы международного права²³. Отдельные ученые предлагают в свою очередь специальные принципы классифицировать на общеобязательные (конкретизирующие принципы *ius cogens*) и договорные (действенность которых напрямую зависит от их включения в международные договоры)²⁴. С.А. Войтович в упомянутой выше работе различает принципы в зависимости от степени нормативного обобщения и их места в структурных подразделениях международного права. На основе этих критериев им выделяются основные отраслевые принципы, принципы института правовых норм, принципы иных правовых системных образований. В этой связи, на наш взгляд, к последней из названных групп принципов следует добавить принципы иных структурных подразделений международного права, к каковым относятся подотраслевые принципы²⁵.

Итак, во-первых, следует выделить так называемые *основные принципы международного публичного права*, закрепленные в Уставе ООН, Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества, Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 года, ряде резолюций ГА ООН, других международных организаций, а также в международных договорах²⁶.

²³ Черниченко С.В. Нормы и принципы международного права. М., 1998. С. 14.

²⁴ Матрохин Е.Ю. Правосубъектность РФ в международных торговых отношениях, Дис. ... канд. юрид. наук. Казань. С. 45-46. Отметим, что автор анализирует именно МЭП, в связи с чем, выделяя договорные принципы, он указывает зависимость их эффективности от их включения именно в международные экономические (торговые) договоры.

²⁵ Подобно критериям деления международного права на отрасли следует, на наш взгляд, выделить критерии деления международного права на подотрасли, каковыми являются специфические отношения, регулируемые нормами и принципами подотрасли, источники, подотраслевые принципы, субъекты и методы правового регулирования.

²⁶ Об этом см.: Международное право / Под ред. проф. Ю.М. Колосова и проф. Э.С. Кривчиковой. М., 2001. С. 47-76; Международное публичное право / Под ред. проф. К.А. Бекяшева. М., 1998. С. 51-74; Шумилов В.М. Международное экономическое право. М., 1999. С. 49-54.

Перечень общепризнанных принципов не следует считать исчерпывающим и неизменным. Не случайно А.П. Мовчан констатирует, что в международном праве нет «общепризнанного свода, перечня всех его основных принципов»²⁷. По утверждению М.В. Филимоновой, «принципы находятся в развитии, их содержание постоянно совершенствуется», создаются новые нормы-принципы»²⁸. Например, Международный суд ООН высказал свою позицию, что является «основным принципом международного права то, что оно превалирует над внутренним правом государств»²⁹.

Отсутствие четкого перечня общепризнанных принципов международного права порой ставит правоприменителей в тупик. Тем не менее попытки определить перечень общепризнанных принципов международного права предпринимаются в Российской Федерации. Так, в Постановлении Пленума Верховного суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» определено, что «к общепризнанным принципам международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств».

Принципы из категории принципов правовых системных образований (т.е. отраслевых, подотраслевых и т.д.) могут перейти в перечень общепризнанных, императивных, универсальных норм. В данном случае, характеризуя возможность отдельного принципа приобрести статус императивной нормы *jus cogens*, уместно воспользоваться термином «когентность», используемым рядом юристов-международников³⁰. Между тем, как справедливо отмечает Чарльз де Вишер³¹ субъект, предлагающий со ссылкой на положения ст. 53 Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 г. какой-либо принцип в качестве императивного, столкнется с тяжелым бременем доказывания его статуса нормы *jus cogens*.

²⁷ Международное морское, воздушное и космическое право: общее и особенное / Отв. ред. А.П. Мовчан, Е.П. Каменецкая. М., 1992. С. 12.

²⁸ Международное публичное право: Учебник / Под ред. проф. К.А. Бекяшева. М., 1998. С. 54.

²⁹ ICJ Reports. 1988. P. 34.

³⁰ См., например: Вельяминов Г.М. Основы международного экономического права. М., ТЕИС. 1994; Шумилов В.М. ВТО: введение в правовую систему ВТО. М., 2003. С. 7 и др.

³¹ Charles de Visscher. Theories et realities en droit international (4th edn. 1970). P. 295-296.

Необходимо также иметь в виду, что «применение этих принципов (принципов *jus cogens*. – А.Д.) к международным торговым отношениям имеет свою специфику»³². Отметим далее, что рядом с общепризнанными принципами международного права стоят так называемые *принципы erga omnes*³³, которые, по мнению ряда ученых, по своей значимости приравнены, а порой даже превосходят принципы *jus cogens*, ведь далеко «не все общепризнанные принципы *jus cogens* содержат обязательства *erga omnes*»³⁴.

Следующий вид – это *отраслевые принципы международного экономического права*, которые с учетом их специфики применяются для регулирования международных торговых отношений. Это прежде всего принцип предоставления режима наибольшего благоприятствования, принцип предоставления национального режима, принцип преференций для развивающихся стран, принцип взаимной выгоды, принцип экономической недискриминации, принцип суверенитета государств над своими природными ресурсами, принцип свободы выбора организационно-правовых форм внешнеэкономической деятельности и др.

В качестве третьего вида следует указать *принципы права ВТО и другие специальные принципы международного торгового права*. Принципы права ВТО необходимо отнести к группе универсальных. Помещение принципов ВТО после принципов *jus cogens* и отраслевых принципов МЭП является, на наш взгляд, оправданным.

Не следует преувеличивать роль современной ВТО в развитии международного торгового права и его принципов, а также преумножать наднациональные черты этой организации. По мнению Т.Н. Нешатаевой, международная организация приобретает наднациональный характер в том случае, если она соответствует следующим признакам, рассматриваемым в системе: 1) право международной организации на вмешательство в вопросы, относящиеся к внутренней компетенции государства согласно его конституции; 2) полномочия организации на создание в целях регулирования этих вопросов: а) правил, обязательных для государств-членов³⁵; б) механизмов контроля и принуждения

³² Г.М. Вельяминов. Правовое урегулирование международной торговли // Международные отношения. М., 1972. С. 154. О специфике принципов *jus cogens* применительно к международным экономическим отношениям см., например: Шумилова В.М. Международное экономическое право. М., 1999. С. 49-54.

³³ Об этом см.: Лукашук И.И. Право международной ответственности // Международное публичное и частное право. № 2.

³⁴ Черниченко С.В. Нормы и принципы международного права. М., 1998. С. 13.

к соблюдению этих правил; 3) возложение широких полномочий по созданию правил и контролю за их соблюдением на неправительственные органы, т.е. международных служащих; 4) право организации своими решениями обязывать и уполномочивать физических и юридических лиц государств-членов³⁶. Важно помнить, что, хотя «многие институты «права ВТО» и становятся императивными, «когентными» (т.е. приобретают силу норм *jus cogens*), в недрах «права ВТО» только зреют и зарождаются элементы наднационального права»³⁷, а сама ВТО является международной межправительственной организацией, созданной в соответствии с нормами международного публичного права и действующей на основе его основных принципов.

Характеризуя третий вид принципов, необходимо заметить, что многие из них находят отражение во множестве международно-правовых актов, которые не относятся к «праву ВТО», а представляют собой совокупность специфических источников международного торгового права. Кроме того, перечень принципов третьего вида не является общепризнанным. Так, М. Геновский выделяет семь специальных принципов международного торгового права: принцип свободы договоренности, принцип свободы торговли, принцип предоставления РНБ, принцип предоставления НР, принцип запрета дискриминации, принцип осуждения демпинга, принцип взаимности³⁸. Профессор В.М. Шумилов – десять: принципы развития торговли, либерализации торговли, защиты национального рынка, свободы транзита, предоставления национального режима, взаимности, взаимной выгоды, недискриминации в торговле, наибольшего благоприятствования, преференций для развивающихся стран³⁹. Мы полагаем, что к специальным принципам международного торгового права следует относить упомянутые выше принципы права ВТО и другие принципы, содержащиеся в источниках международного торгового права. В этой связи комплекс специфических международно-правовых принципов данного вида следует, на

³⁵ По мнению проф. И.В. Зенкина, ВТО «ни в коем случае нельзя рассматривать в качестве наднациональной организации, т.к. она не имеет правотворческих функций». (Зенкин И.В. Право ВТО. М., 2003. С. 20).

³⁶ Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. М., 1999. С. 78.

³⁷ Шумилов В.М. ВТО: введение в правовую систему ВТО. М., 2003. С. 7

³⁸ Геновский М. Правовые принципы международной торговли // Международное торговое право. Некоторые вопросы теории и практики / Сборник статей под ред. проф. Лисовского. М., 1979. С. 49-50.

³⁹ Шумилов В.М. Международное экономическое право. М., 1999. С. 218-228.

наш взгляд, относить к подотраслевым принципам международного торгового права.

Необходимо также выделять *региональные торговые принципы*, в особенности принципы европейского права. Все большее число сторонников среди юристов-международников приобретает точка зрения, согласно которой право ЕС; «возникнув как составная часть международного публичного права, превратилось в самостоятельную правовую систему»⁴⁰. При этом, на наш взгляд, сохранил значение принцип приоритета общих принципов и норм международного публичного права перед правом ЕС, в этой связи принципы торгового права, вырабатываемые органами ЕС, дополняют, конкретизируют и развивают общепризнанные положения международного права применительно к особенностям развития торговли в европейском регионе.

И, наконец, пятый вид – *принципы, общие для внутренних правовых режимов государств, участвующих в международных торговых отношениях*⁴¹. Хотя, по мнению Томаса Оппермана, в международном торговом праве⁴² в целом еще не сложилась международно-правовая практика широкого использования внутренних принципов государств, которая сегодня широко применяется при толковании права ЕС⁴³, такие принципы, тем не менее, могут использоваться в процессе разрешения международных торговых споров.

Необходимо иметь в виду, что нормы международного торгового права тесно переплетаются с нормами других отраслей международного права, а деятельность международных организаций, которые призваны разрешать вопросы в сфере международной торговли, тесно связана с функционированием других международных организаций. В этой

⁴⁰ Право Европейского Союза: Учебник / Под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2002. С. 116.

⁴¹ В качестве примера здесь следует назвать общие принципы свободы, демократии, уважения прав человека и основных свобод, господства права (rule of law) и др. Данные принципы принято считать общими для всего человечества, для всех правовых систем (см. об этом: Кашкин С.Ю. Право ЕС. М., 2002. С. 120-121), они находят отражение в нормах национального права большинства государств. Главное их отличие от общеевропейских принципов состоит в том, что последние относятся к группе региональных, т.е. включают в себя либо принципы, вытекающие из положений европейского права, либо принципы, которые формулируются самостоятельно европейскими судебными органами, либо принципы, вытекающие из норм национального права государств-членов исключительно европейского региона.

⁴² Здесь международное торговое право понимается, как нам представляется, как право ВТО.

⁴³ См.: Thomas Oppermann. Europarecht. 2nd edn. (Munich: Beck, 1999). P. 185-188.

связи при установлении содержания принципов международного торгового права следует учитывать: 1) принципы, закрепленные в уставах (соглашениях о создании и т.д.) международных организаций, имеющих отношение к международной торговле⁴⁴ (МВФ, ВОИС, ВОЗ, ИСО, ОЭСР, НАФТА и др.); 2) принципы, закрепленные в многочисленных международных договорах⁴⁵; 3) принципы, основанные на международных правовых обычаях⁴⁶.

На наш взгляд, второй подход к выделению принципов международного торгового права является наиболее приемлемым. Он основан на научно обоснованном использовании критериев деления международного права на отрасли и менее крупные системные образования и исследует предмет, метод, принципы и источники международного торгового права, которые не ограничиваются лишь правом ВТО. Исходя из него выделяются несколько видов принципов, закрепленных во многих двусторонних и многосторонних международно-правовых актах, которыми регулируются многочисленные торговые отношения и которые весьма часто применяются при толковании действующих норм международного торгового права, а также при создании новых норм и регулировании отношений в случае отсутствия соответствующей нормы.

Для раскрытия сущности отдельных принципов иногда целесообразно использовать метод перечисления их нормативных элементов. Так, профессор Л.И. Волова предлагает выделить три вида норматив-

⁴⁴ ВТО, будучи правопреемником ГАТТ, связана с ООН и организациями, входящими в систему ООН, Соглашением об обмене документами и имеет статус наблюдателя в ЭКОСОС. В этой связи необходимо подчеркнуть, что при разрешении споров, вытекающих из международных торговых отношений в рамках ВТО, а также при конструировании права ВТО должны приниматься во внимание положения всех принципов, вытекающие из упомянутых актов.

⁴⁵ Так, при рассмотрении спора US-Shrimp для толкования ст. XX ГАТТ-1994 Апелляционный орган ВТО принял во внимание многочисленные принципы, содержащиеся в многосторонних соглашениях об охране окружающей среды, таких как Конвенция, регулирующая вопросы биологического многообразия и др., даже несмотря на то, что не все участники спора были участниками данных соглашений.

⁴⁶ Ст. 3.2 Понимания о правилах и процедурах относительно урегулирования споров (Приложение 2 к Марракешскому соглашению) недвусмысленно требует толкования положений права ВТО «в соответствии с обычными нормами толкования международного публичного права». Так, Апелляционный орган ВТО при разрешении ряда дел (US-Gasoline – Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R) трактовал данную норму путем отсылки к положениям ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров.

ных элементов⁴⁷: 1) обязательства субъектов совершить какие-либо действия; 2) обязательства воздерживаться от совершения каких-либо действий; 3) права, принадлежащие участникам правоотношений. Как видно из вышеизложенного, отдельным принципам международного торгового права уделялось достаточное внимание в трудах известных российских и зарубежных юристов-международников. Мы же полагаем необходимым обратить внимание на отдельные принципы, вопрос о правовом содержании которых, на наш взгляд, не получил должного внимания в международно-правовой литературе.

Наиболее важным принципом международного торгового права, относящимся к числу подотраслевых, является **принцип либерализации торговли** – trade liberalization rule. Некоторые авторы предлагают поместить данный принцип на первое место среди подотраслевых принципов международного торгового права.

По мнению Мейнхарда Хилфа, принципом либерализации торговли следует пользоваться всякий раз, когда возникают сомнения в трактовке тех или иных положений международного торгового права, в особенности права ВТО. Тем не менее в случае коллизий с другими принципами все принципы, по его мнению, должны рассматриваться в системе⁴⁸. С ним категорически не согласен бельгийский профессор Марко Бронкерс. Анализируя нормы права ВТО, он приходит к выводу, что все соглашения, входящие в пакет ВТО, должны обладать равной юридической силой и толковаться самостоятельно без учета принципов, прямо заложенных в нормах Марракешского соглашения и тексте ГАТТ⁴⁹. В определенном смысле правы оба ученых, однако, на наш взгляд, наиболее обоснованной представляется концепция профессора Мейнхарда Хилфа.

Следует в целом согласиться с тем, что в пакете соглашений ВТО приоритет не следует отдавать ни одному из соглашений. Необходимо, однако, иметь в виду, что в случае коллизий между нормой ГАТТ-94 и нормой другого многостороннего торгового соглашения приоритет будет иметь последняя, выступая в качестве *lex specialis*.

⁴⁷ См.: Волова Л.И. Нерушимость границ – новый принцип международного права. Ростов-на-Дону: Изд-во РГУ, 1987. С. 38. Отметим, что большое внимание выделению нормативных элементов принципов международного торгового права уделил в своих работах профессор В.М. Шумилов.

⁴⁸ Meinhard Hilf. Power, rules and principles – which orientation for WTO/GATT Law? *Journal of International Economic Law* (2001). P. 117.

⁴⁹ Marco C. E. J. Bronckers. More power to the WTO? *Journal of International Economic Law* (2001). P. 41-65.

По мнению французских ученых-международников Д. Карро и П. Жюйара, это уникальный для международного права пример применения широко известного во внутреннем правопорядке правила разрешения коллизии юридических обязательств: *specialia generalibus derogant*⁵⁰. Эта концепция нисколько не противоречит особой значимости принципа либерализации торговли, который закреплен и в нормах *lex generalis*, и в нормах *lex specialis*, в которых он, как правило, наполняется специальным содержанием. «В случае возникновения коллизий следует максимально анализировать и использовать положения всех соглашений, имеющих отношения к существу спора, а не допускать доминирования одного соглашения над другим». Такую правовую позицию высказала в своем докладе по делу *Certain Measures Affecting the Automobile Industry* специальная группа. При этом специальная группа выразила данную позицию «во исполнение основного объекта и цели системы ВТО – либерализации торговли»⁵¹. Правовая идея либерализации торговли лежала в основе создания ВТО⁵² и нашла закрепление в преамбуле Марракешского соглашения в качестве цели Соглашения и основополагающего подотраслевого принципа международного торгового права.

Таким образом, принимая во внимание положения ст. 31 Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 г., согласно которой Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора, следует прийти к выводу о том, что в случае возникновения неразрешимых коллизий между положениями соглашений, входящих в пакет ВТО, следует, руководствуясь телеологическим и систематическим способами толкования⁵³ права ВТО, рассматривать принцип либерализации торговли в качестве приоритетного при разрешении спора.

Такая особая значимость принципа либерализации торговли позволяет согласиться с мнением тех ученых, которые помещают его в ос-

⁵⁰ Д. Карро, П. Жюйар. *Международное экономическое право*. М., 2002. С. 52.

⁵¹ The report of the Panel on Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry. WT/DS54/R, adopted 2 July 1998. 5.237.

⁵² См.: Марракешскую Декларацию о результатах уругвайского раунда многосторонних торговых переговоров.

⁵³ Телеологическое толкование – толкование нормы в свете ее объекта и цели. Систематическое толкование – анализ нормы во взаимосвязи с иными нормами международного права. См.: Лукашук И.И., Лукашук О.И. *Толкование норм международного права*. М., 2002. С. 77-78.

нову системы подотраслевых принципов международного торгового права. Более того, представляется вполне убедительной идея о том, что данный принцип в ближайшем времени может быть признан «когентным». Данная мысль подтверждается фактом прямого закрепления принципа либерализации торговли в нормах Марракешского соглашения, тексте ГАТТ, Соглашении по техническим барьерам в торговле (Преамбула, ст. 2.2)⁵⁴, последующих решениях, соглашениях в системе ВТО/ГАТТ. Находит отражение рассматриваемый принцип и в Хартии экономических прав и обязанностей государств (ст.ст. 14, 21). Кроме того, он закреплен во многих многосторонних и двусторонних международных договорах⁵⁵. Так, в разделе IV Программы экономического сотрудничества между Российской Федерацией и Украиной, утвержденной Договором между РФ и Украиной об экономическом сотрудничестве на 1998-2007 годы, сказано, что «развитие и углубление торгового сотрудничества между Российской Федерацией и Украиной будет осуществляться с последующей либерализацией действующего между государствами режима свободной торговли».

Итак, указанный принцип лежит в основе международной торговой системы; он являлся базисным при создании ВТО, число членом которой приближается к числу государств – членом ООН. Таким образом, рассматриваемый принцип приближается к тому, чтобы быть признанным в качестве основного принципа общего международного права. Важно отметить, что некоторые авторы наделяют качествами *jus cogens* и другие специальные принципы международного торгового права⁵⁶.

Анализ многочисленных соглашений системы ВТО и множества двусторонних и многосторонних договоров позволяет выявить нормативное содержание рассматриваемого принципа, которое сводится к следующим нормативным элементам: 1) обязанности государств

⁵⁴ Текст Соглашения опубликован в сборнике «Всемирная торговая организация: документы и комментарии (многосторонние торговые соглашения)» / Под ред. С.А. Смирнова. М., 2001.

⁵⁵ См., например: Договор о ЕС. Раздел VII, ст. 113 (М., Право, 1994. С. 45-246), ст. 8 Договора о согласии и сотрудничестве между РФ и Канадой (Оттава, 1992; Бюллетень международных договоров. 1993. № 7.С. 61-66), ч. VI Договора между РФ и Украиной об экономическом сотрудничестве на 1998-2007 годы (Российская газета (Экономический союз) 28 февраля 1998 г.) и др.

⁵⁶ См.: Устинова Т.С. Режим наибольшего благоприятствования в современном международном праве. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. Автор отмечает, что принцип предоставления РНБ уже стал общепризнанным принципом международного права. С. 7.

устранять препятствия в международной торговле, не устанавливать каких-либо запрещений и ограничений на импорт или экспорт, кроме таможенных пошлин, налогов, сборов; 2) обязанности снижать уровень таможенного обременения импортируемых товаров, а также не применять к иностранным товарам ставки внутреннего налогообложения, имеющие дискриминационный, протекционистский или фискальный характер; 3) праву государств на встречное понижение ставок таможенных пошлин; 4) праву требовать устранения незаконных запрещений и ограничений, а также праву на применение контрмер; 5) праву на участие в выработке мер в целях устранения препятствий в международной торговле⁵⁷.

Важный принцип международного торгового права, связанный со вступлением государств в ВТО, – принцип единого пакета – single undertaking rule. Это принцип, согласно которому пакет договоренностей, рассматриваемый как единое целое, должен быть принят страной без каких-либо исключений при ее вступлении в ВТО. Сроки, в течение которых вступающие в ВТО страны должны привести свое законодательство и практику в соответствие с требованиями документов единого пакета, могут различаться для разных стран и зависят от согласованных с вступающими странами условий вступления. Особым статусом обладают только четыре соглашения (о торговле гражданской авиатехникой, о правительственных закупках, по молочным продуктам, по говядине), включенные в рамки ВТО, но в соответствии с ч. 3 ст. 2 Марракешского соглашения обязательные только для стран, их подписавших.

Указанный принцип предполагает обязанность государств – членов⁵⁸ ВТО соблюдать все Соглашения и связанные с ними документы юридического характера, включенные в Приложения 1, 2 и 3 к Марракешскому соглашению; право государств по своему усмотрению решать вопрос о выражении согласия на применение Соглашений и связан-

⁵⁷ Шумилов В.М. Международное экономическое право. М., 1999. С. 219.

⁵⁸ В настоящей статье выражение «государство – член ВТО» следует понимать в широком смысле, который определен ст. 16 п. 6 Примечания к Марракешскому Соглашению: «термины «государство» или «государства», используемые в настоящем Соглашении и многосторонних торговых соглашениях, относятся также к любой отдельной таможенной территории члена ВТО. В случае если подразумевается отдельная таможенная территория члена ВТО, при употреблении термина «национальный» этот термин, если не установлено иное, должен толковаться как относящийся к такой таможенной территории».

ных с ними документов юридического характера, включенных в Приложение 4 Марракешского Соглашения.

Принцип устойчивого развития в международной торговле – sustainable development rule. Этот принцип находит свое закрепление в первом параграфе Преамбулы Марракешского соглашения. Он может иметь отношение к положению развивающихся стран, к судьбам новых поколений, к защите окружающей среды. Задача защиты окружающей природной среды имеет статус принципа erga omnes и упоминается в целом ряде соглашений в рамках ВТО⁵⁹. Принцип же устойчивого развития, конкретизируя общий принцип защиты окружающей среды, имеет более широкое содержание. Принцип устойчивого развития должен быть отнесен к числу межотраслевых принципов международного права. Тем не менее применительно к международной торговле он наполняется особым содержанием.

В решении Комиссии по вопросам устойчивого развития Комитета ВТО по торговле и окружающей среде⁶⁰ содержится указание на то, что торговля является важным фактором экономического роста и устойчивого развития. Далее подчеркивается, что при решении вопросов, связанных с нахождением баланса между развитием торговли и охраной окружающей среды, необходимо использовать интегрированный подход, учитывающий экономические, экологические и социальные аспекты, а также различный уровень развития стран; при этом не должны подвергаться сомнению открытость и недискриминационный характер международной торговой системы или создаваться скрытые барьеры в торговле; *меры в области торговой политики, принимаемые в целях охраны окружающей среды, не должны представлять собой средства произвольной или неоправданной дискриминации или скрытого ограничения международной торговли.*

С 26 августа по 4 сентября 2002 г. в Йоханнесбурге, Южная Африка, прошла Всемирная встреча по устойчивому развитию результатом которой стало принятие Декларации по устойчивому развитию. В ней были учтены положения Делийской декларации Ассоциации международного права о принципах международного права, касающихся устойчивого развития, Рио-де-Жанейрская декларация по окружающей

⁵⁹ Например, см.: ст. 2.2.Соглашения по техническим барьерам в торговле, ст. 27.2 Соглашения об аспектах интеллектуальной собственности, связанных с торговлей.

⁶⁰ Committee on Trade and Environment, Annex Decision on economic growth, trade and investment, WT/CTE/W/145.

среде и другие многочисленные документы в сфере прав человека, положения наименее развитых стран и др. В Делийской декларации нашли отражение 7 принципов международного права, призванные «эффективным образом содействовать достижению цели устойчивого развития»: принцип обеспечения устойчивого использования природных ресурсов государствами, принцип справедливости и искоренения нищеты, принцип общих, но дифференцированных обязанностей, принцип осторожного подхода к здоровью людей, природным ресурсам и экосистемам, принцип участия общественности и доступа к информации и правосудию, принцип благого управления, принцип интеграции и взаимосвязи, в частности в отношении прав человека и социальных, экономических и экологических целей. Поскольку указанные «принципы» лишь конкретизируют правовое содержание межотраслевого принципа устойчивого развития, то наиболее правильно, на наш взгляд, было бы именовать их *суб-принципами*.

Анализ перечисленных международно-правовых актов и суб-принципов применительно к международному торговому праву позволяет выделить следующие нормативные элементы принципа устойчивого развития: право развивающихся стран участвовать в глобальных процессах принятия решений в сфере международной торговли; обязанности государств поддерживать высокие стандарты в сфере труда и занятости, однако политика государств в этой области не должна быть использована в протекционистских (применительно к торговле) целях; государства обязаны обеспечивать потребителям доступ к любой информации, касающейся того или иного товара, при этом это не должно использоваться в целях установления скрытых барьеров в торговле; обязанность государств без ущерба международной торговле обеспечивать соблюдение суб-принципа – «тот, кто загрязняет окружающую среду, тот платит»; обязанность государств – членов ВТО облегчать вступление в организацию развивающихся стран и стран с переходной экономикой; обязанность государств проводить политику, направленную на укрепление и усиление роли международной торговли и международных торговых организаций; обязанность государств проводить торговую политику, направленную на искоренение нищеты во всем мире; при осуществлении международной торговли государства обязаны в равной степени учитывать цели социального, экономического и экологического характера, а также принимать во внимание интересы защиты прав человека.

Принцип многостороннего правового взаимодействия. Данный принцип вытекает из третьего абзаца Преамбулы Марракешского соглашения и имеет своей основой обязанность государств заключать «обоюдные и взаимовыгодные соглашения» для дальнейшего содействия либерализации торговли. Данный принцип корреспондирует самой природе ВТО, которая призвана положить конец практике заключения односторонних или двусторонних соглашений в рамках международных торговых отношений. Так, в деле US-Shrimp Апелляционный орган осудил ответчика по спору за то, что он, до того как действовать в одностороннем порядке, не предпринял необходимых мер для нахождения решения вопроса в нормах многосторонних соглашений. Таким образом, следует отметить, что односторонние меры могут предприниматься государствами – членами ВТО при наличии правовой возможности принятия таких мер в праве ВТО. Принцип сводится к следующим нормативным элементам: обязанности государств заключать многосторонние соглашения, имеющие целью либерализацию торговли; обязанности государств воздерживаться от применения двусторонних соглашений по отдельным вопросам международной торговли при их участии в многосторонних соглашениях, охватывающих аналогичные вопросы.

Принцип открытости (прозрачности, транспарентности) – transparency rule. Некоторые авторы называют его принципом гласности внешнеторгового законодательства⁶¹. Этот принцип упоминается, например, в статье X ГАТТ 1994 и ст. 7 Соглашения по техническим барьерам в торговле. Свободная международная торговля должна быть основана на открытых (прозрачных) правилах. При этом данный принцип сводится к четырем основным нормативным элементам. Во-первых, упомянутые выше соглашения предполагают обязанность государств – членов ВТО публиковать, делать доступными, в том числе и для иностранных заинтересованных лиц и организаций, любые национальные законодательные и административные правила внешнеэкономического регулирования. Во-вторых, открытость должна лежать в основе действий отдельных институтов ВТО, т.е. государства – члены ВТО имеют право на доступ к информации о деятельности институтов ВТО. В-третьих, открытость должна присутствовать при разрешении споров в рамках ВТО. В широком смысле и, в-четвертых, в соответствии с п. 1 ст. X Генерального соглашения по тарифам и торговле

⁶¹ Принцип предложен А.И. Шишаевым в работе «Международная торговля». М., 1998. С. 18.

1947 г. открытость означает обязанность публикации принятых правил международной торговли. Характеризуя данный принцип, К. Андерсон подчеркивает, что деятельность ВТО является более прозрачной, нежели ГАТТ, в частности благодаря постоянному механизму подготовки обзоров, посвященных торговой политике организации⁶².

Принцип исключительной таможенной защиты⁶³. Правовой основой для выделения этого принципа выступает то, что в ст. XI, п. 1 ГАТТ содержится указание, что ни одна договаривающаяся сторона не должна устанавливать или сохранять в отношении импорта или экспорта никаких запрещений или ограничений, «кроме таможенных пошлин, налогов и других сборов». В ГАТТ таможенные пошлины помещены в специальный правовой режим: таможенные пошлины, в отношении которых были проведены тарифные переговоры, включаются в списки уступок и считаются жестко связанными, консолидированными.

Содержание рассматриваемого принципа раскрывается в суб-принципах, одним из которых является суб-принцип связанных (консолидированных) пошлин – *duties bound (consolidated) rule*. Он относится к наиболее характерным для ВТО инструментам либерализации таможенных тарифов. «Связанная» пошлина сводится к правовой обязанности не повышать ставки пошлины выше согласованных пределов. Экономически развитые страны, как правило, четко устанавливают такие пределы, тогда как развивающиеся страны имеют возможность устанавливать более высокие пошлины, постепенно (с развитием экономики) понижая их до уровня, устанавливаемого для развитых стран.

Следующий важный суб-принцип – взаимного нулевого подхода – *Zero-to-zero approach (basis)* – т.е. взаимной отмены таможенных пошлин в торговле определенными видами продукции. В ходе Уругвайского раунда ряд стран-участниц (США, ЕС, Япония и Канада) договорились об отмене пошлин во взаимной торговле изделиями фармацевтической и целлюлозно-бумажной промышленности, сельскохозяйственным, строительным и медицинским оборудованием, сталью, пивом, спиртными напитками и мебелью. На Министерской конференции ВТО в Сингапуре (1996 г.) некоторые страны-участницы пришли к соглашению о взаимном нулевом подходе в торговле фармацевтическими изделиями, компьютерами, полупроводниками, программ-

⁶² Strengthening the Global Trading System: from GATT to WTO, Ed. by Kym Anderson. Adelaide, 1996. P. 6.

⁶³ Такую формулировку принципа предлагают Д. Карро, П. Жюйар в работе «Международное экономическое право». М., 2002.

ным обеспечением, телекоммуникационным оборудованием и некоторыми другими видами информационных технологий. Следует отметить, что уступки, предоставляемые друг другу странами – участницами ВТО на основе взаимного нулевого подхода, распространяются и на остальные государства – члены ВТО.

Важный суб-принцип – правило меньшей (ставки) пошлины – Lesser duty rule – в контексте соглашений по применению статьи VI ГАТТ (Антидемпинговый кодекс) и по субсидиям и компенсационным мерам положение, согласно которому на продаваемый по демпинговым ценам или субсидируемый импортный товар вводится пошлина меньшего размера (чем тот, который можно было бы определить, исходя из установленного ущерба), если она достаточна для компенсации понесенных в результате демпинга или субсидирования потерь.

Еще один суб-принцип называется правилом главного поставщика – Principal supplier rule. Его смысл заключается в том, что двусторонние торговые переговоры о таможенных уступках по импорту конкретного товара ведутся только со страной, которая является основным поставщиком этого товара. Достигнутая договоренность затем действует в отношении других стран-участниц на основе режима наибольшего благоприятствования. Правило было выработано в ходе многосторонних торговых переговоров во избежание неконтролируемого распространения результатов переговоров на все страны, связанные РНБ (поскольку переговоры ведутся не только на многосторонней основе, но и в двустороннем и групповом формате). Таким образом, была устранена возможность для третьей страны получить основную выгоду от таможенных уступок, согласованных на двустороннем или групповом уровнях. Важно также заметить, что одной из целей, закрепленных в Преамбуле Марракешского Соглашения, является существенное снижение таможенных тарифов. Конечная цель ВТО – устранить таможенные пошлины путем их последовательного снижения.

Обязанность государств отдавать предпочтение таможенным мерам, которые в наименьшей степени препятствуют торговле; обязанность государств не повышать в одностороннем порядке ставки таможенных пошлин выше установленных пределов; право на продаваемый по демпинговым ценам или субсидируемый импортный товар вводить пошлину меньшего размера, если она достаточна для компенсации понесенных в результате демпинга или субсидирования потерь; обязанность стран вести переговоры о таможенных уступках только со

страной, которая является основным поставщиком товара; обязанность государств производить расчет таможенной пошлины исходя из «действительной стоимости ввезенного товара», а не на основе «стоимости товара отечественного происхождения» (ст. VII, п. 2а, ГАТТ); право развивающихся стран на установление завышенных пошлин на согласованный период времени образуют основные нормативные элементы принципа.

Принцип запрета нетарифных барьеров в торговле установлен в ст. XI ГАТТ, запрещающей все количественные (нетарифные) ограничения и разрешающей таможенные пошлины в качестве единственного средства торговой защиты.

Нетарифные барьеры – это любая мера или действие (квотирование, контингирование, лицензирование, субсидирование и др.), независимо от ее происхождения (публичная или частная), эффект (а то и цель) которой состоит в затруднении доступа товарам иностранного происхождения на соответствующий национальный рынок при ввозе или в торговом обороте⁶⁴. Из принципа запрета на нетарифные барьеры могут делаться отдельные исключения, в частности применительно к аграрному сектору (ст. XI, п. 2а, с, ГАТТ), или в связи с поддержанием платежного баланса, или по другим причинам, предусмотренным общим международным правом (ст. XX, XXI). Ключевые нормативные элементы принципа – обязанность государств неприменять запрещенные нетарифные барьеры в международной торговле; право государств, пострадавших от установленных нетарифных барьеров, получать пропорциональную компенсацию и (или) прибегать к мерам защиты, предусмотренным международным торговым правом.

Принцип (положение) «статус-кво» (стенд-стил) – Stand-still provision (backsliding clause) – принцип, сформулированный в Декларации Пунта-дель-Эсте⁶⁵, согласно которому в международной торговле не должны применяться ограничения, несовместимые с правилами ГАТТ.

В ходе Уругвайского раунда принцип «статус-кво» получил более развернутую интерпретацию, обязывавшую страны – участницы мно-

⁶⁴ Д. Карро, П. Жюйар. Международное экономическое право. М., 2002. С. 182-183.

⁶⁵ Декларация Пунта-дель-Эсте была принята в 1986 г. на встрече министров стран – членов ГАТТ и знаменовала собой начало Уругвайского раунда, т.е. серии многосторонних торговых переговоров на межправительственном уровне. Этот документ призывал к либерализации международной торговли, совершенствованию многосторонней торговой системы и укреплению роли ГАТТ.

госторонних торговых переговоров не вводить новых торговых ограничений, несовместимых с правилами ГАТТ. Тем самым затруднялись действия стран-участниц вводить ограничительные меры для улучшения своих позиций в процессе переговоров. Принцип «статус-кво» перекликается с принятым в практике ВТО принципом связывания, т.е. обязательством не принимать в одностороннем порядке мер, ужесточающих действующий режим торговли. Применительно к Соглашению ТРИПС этот принцип означает, что в течение переходного периода страны-участницы обязываются воздержаться от принятия мер, приводящих к повышению степени защищенности прав интеллектуальной собственности на территории этих стран.

Наряду с перечисленными существуют и доктринальные **принципы международного торгового права**, которые в ближайшем будущем должны получить отражение в источниках подотрасли.

К таковым, на наш взгляд, следует отнести **принцип учета основных прав человека в международных торговых отношениях**. Памятуя о существовании общего принципа уважения прав человека, следует учитывать специфику международных торговых отношений, в основе которых лежит идея получения прибыли.

По мнению профессора Роберта Вэя, следует констатировать, что после создания ООН международное торговое право и международное право прав человека функционировали порознь: вопросы прав человека были отданы на откуп ООН, тогда как ГАТТ и ВТО, контролирующие мировую торговлю, во многом действовали отдельно от Организации Объединенных Наций. Сегодня, по мнению ученого, наблюдается сближение и взаимодействие этих системных элементов международного права⁶⁶. Предложение о необходимости внесения клаузулы о правах человека в Соглашения пакета ВТО прозвучало в 1999 г. на упомянутой выше Министерской конференции ВТО в Сиэтле⁶⁷.

Глобализация прав человека, безусловно, предполагает внесение изменений в нормы действующего международного торгового права, а также появление новых норм.

С учетом нормативных элементов данный доктринальный принцип, на наш взгляд, должен предполагать как минимум: право каждого че-

⁶⁶ Robert Wai. *Countaring, Branding, Dealing: Using Economic and Social Rights in and around the International Trade Regime*, EJIL, Oxford, P. 43.

⁶⁷ Об этом см.: Ernst-Ulrich Petersmann. *The WTO Constitution and Human Rights*, OUP, JIEL. P. 19.

ловека на защиту своих основных прав которые могут быть нарушены в процессе реализации процедур, связанных с либерализацией международной торговли; право граждан стран – членов международных торговых организаций на свободный доступ к информации, касающейся их деятельности, а также право на демократическое участие в процедурах принятия решений данными организациями; обязанность государства защищать основные права каждого человека, которые были нарушены в процессе осуществления отношений в сфере международной торговли; обязанность государств информировать граждан обо всех тенденциях, связанных с развитием международной торговли, которые могут затрагивать права человека; обязанность государств и других субъектов международного права воздерживаться от действий, связанных с заключением соглашений в сфере международной торговли, которые не учитывают принцип уважения основных прав человека; обязанность органов международных организаций при принятии решений, связанных с разрешением споров в сфере международной торговли учитывать, что решение не должно негативным образом влиять на развитие основных прав человека.

Закрепление данного принципа в источниках международного торгового права, регулирующих международные торговые отношения, составляющие огромный пласт международных отношений, позволит с уверенностью говорить о серьезном шаге на пути к общей глобализации прав человека.

Анализ принципов международного торгового права, предпринятый в настоящей статье, позволяет сделать ряд выводов теоретического и практического содержания. *Во-первых*, очевидна специфика принципов международного торгового права по сравнению с отраслевыми принципами международного экономического права; индивидуальность, обусловленная спецификой регулируемых ими отношений. *Во-вторых*, учитывая динамичность развития международных торговых отношений, следует отметить, что перечень принципов международного торгового права ни одного из рассмотренных видов не следует считать исчерпывающим; возможно появление новых принципов. *В-третьих*, принципы каждого из рассмотренных видов следует рассматривать в системе, не отдавая приоритет ни одному из них в отдельности. При этом принципы международного торгового права следует располагать в иерархичном порядке по видам (*jus cogens* – принципы международного экономического права – подотраслевые

принципы МТП – региональные принципы – общие принципы права). *В-четвертых*, принципы международного торгового права представляют собой обладающие высшей степенью абстрактности нормы международного торгового права, которые подлежат непосредственному применению международными и национальными публичными органами. *В-пятых*, отдельные принципы международного права обладают свойством «когентности» и призваны в дальнейшем стать общепризнанными принципами *jus cogens*. *В-шестых*, следует выделять доктринальные принципы международного торгового права, среди которых наиболее актуален принцип приоритета основных прав человека в международных торговых отношениях.

Процессуальные особенности урегулирования споров в рамках Всемирной торговой организации

*Шадиходжаев Ш.Ш.**

Всемирная торговая организация (ВТО), действующая с 1 января 1995 г. в качестве продолжателя Генерального соглашения о тарифах и торговле 1947 г. (ГАТТ 1947), за свою сравнительно короткую историю зарекомендовала себя эффективной межправительственной структурой, направленной на либерализацию торговли между ее участниками.

В настоящее время (по состоянию на 13 октября 2004 г.¹) 148 стран являются членами ВТО. Около 30 государств, включая некоторые страны СНГ, находятся в процессе вступления в эту организацию. Учитывая столь широкую географию деятельности и особую международно-правовую значимость данной организации в свете всеобъемлющих процессов глобализации, можно заключить, что изучение права ВТО стало объективной необходимостью для юриста-международника.

В настоящей статье проводится правовой анализ процедур разрешения споров в ВТО. Будучи неотъемлемой частью этой организации, механизм урегулирования споров является «главной опорой многосторонней торговой системы и сугубо личным вкладом ВТО в поддержание стабильности глобальной экономики»². Более того, его по праву можно считать одним из самых активно действующих универсальных систем разрешения межгосударственных споров. Достаточно отметить тот факт, что за десятилетний период существования ВТО

* Шадиходжаев Шерзод Шухратович – выпускник УМЭД (Ташкент, Узбекистан), магистр права (LL.M.) и аспирант (Ph.D. Candidate) юридического факультета университета Корё (Сеул, Республика Корёя) по специальности «Международное право». Занимается исследовательской деятельностью в Корейском институте международного экономического права.

¹ Понятие «страна» здесь используется условно, поскольку членами ВТО могут быть не только суверенные государства, но и особые таможенные территории, такие как ЕС, Тайвань, Гонконг и Макао. См.: ст. XII:1 Марракешского соглашения об учреждении ВТО (далее – «Соглашение о ВТО»).

² Отрывок из выступления бывшего Генерального директора ВТО Р. Рутгеро перед Корейской ассоциацией бизнеса (Сеул, 17 апреля 1997 г.). См.: http://www.wto.org/english/news_e/sprg_e/seoul_e.htm (посещение сайта от 12.09.2004).

в ней было зарегистрировано свыше 300 дел по широкому спектру вопросов³.

1. Общие понятия

Международный спор представляет собой «специфическое политико-правовое отношение, возникающее между двумя или большим числом субъектов международного права и отражающее противоречия, существующие в рамках этого отношения»⁴. Такое противоречие может возникнуть относительно «какого-либо факта, правового или политического вопроса, в котором требование или претензия одной стороны встречены отказом или контрпретензией другой»⁵. Что же касается ВТО, то предметом спора между ее членами могут служить любые вопросы, связанные с действием или толкованием соглашений в рамках данной организации.

Специфика урегулирования споров в ВТО заключается в том, что здесь задействованы как политические, так и правовые методы улаживания. Каждый из них применяет определенные приемы, которые в зависимости от обстоятельств и в соответствии с процессуальными нормами могут использоваться последовательно, одновременно или выборочно (альтернативно).

К политическим средствам относятся консультации, добрые услуги, посредничество и согласительная процедура. Общими признаками этих методов являются свобода выбора спорящими сторонами соответствующих механизмов, определенная гибкость в их применении, а также подконтрольность всего процесса сторонам спора.

Будучи первым этапом разрешения спора в ВТО, **консультации** осуществляются в форме переговоров между спорящими сторонами при отсутствии третьих лиц-посредников. В отличие от консультаций, остальные политические методы характеризуются прямым вовлечением третьего лица, например должностного лица, действующего *ex officio*. Так, лицо, предлагающее **добрые услуги**, обычно призывает спорящие стороны к возобновлению переговоров. «Оно направляет сторонам свои заявления и предложения, и когда переговоры возобновляются, его миссия на этом завершается»⁶. В отличие от добрых

³ См. хронологический перечень споров на сайте ВТО, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm (посещение сайта от 20.09.2004).

⁴ Международное право (колл. авторов), М.: «Международные отношения», 1998. С. 286.

⁵ Merrills J.G., *International Dispute Settlement* (3rd ed.), UK: Cambridge University Press, 1998. P. 1. & New York: Routledge, 1997. P. 276.

⁶ Malanczuk P. *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7th revised ed.), London

услуг, *посредничество* выражено более активным участием посредника, который, как правило, выдвигает свои предложения по урегулированию возникшего спора. Наконец, *согласительная процедура* отличается от посредничества тем, что она проводится в более официальном порядке в рамках специального органа (комиссии), действующего на основании установленных правил. Если не учитывать факультативного характера принимаемых решений, то в остальном согласительная процедура напоминает арбитражный процесс⁷.

Правовые средства урегулирования споров в рамках ВТО сводятся к рассмотрению дел третейской группой, Апелляционным органом или в арбитражном порядке. Особенность правовых методов заключается в том, что: 1) спорящие стороны обращаются к уполномоченному органу, 2) свод специальных правил подробно регламентирует рассмотрение дел и 3) решения соответствующего органа обязательны для выполнения.

Следует отметить, что в научной литературе по ВТО нет унифицированного обозначения сторон спора. Например, в англоязычных источниках встречаются такие понятия, как «истец», «заявитель»/«ответчик» (“complainant”, “applicant”/“respondent”, “defendant”). Если же обратиться непосредственно к тексту соответствующих актов, то в основном фигурируют такие понятия, как «сторона, подавшая жалобу», «жалующаяся сторона» / «сторона, против которой подана жалоба», «сторона-ответчик». В настоящей же статье «истец» означает сторону, подавшую жалобу, а «ответчик» – сторону, на которую была подана жалоба. «Третья сторона» – это сторона, не выступающая истцом или ответчиком, но имеющая существенный торговый интерес по предмету спора и уведомившая об этом стороны спора и уполномоченные органы.

2. Правовые основы урегулирования споров в ВТО

Договоренность ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (далее – «Договоренность» или «ДРС», т.е. Договоренность о разрешении споров)⁸ является составной частью пакета

⁷ См.: Shaw M.N. *International Law* (4th ed.), UK: Cambridge University Press, 1997. P. 720-728; Wallage Rebecca M.M. *International Law* (3rd ed.), London: Sweet and Maxwell, 1997. P. 281.

⁸ Текст ДРС на языке оригинала опубликован в *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: The Legal Texts*, Geneva: GATT Secretariat, 1994. P. 404-433. Русский текст доступен на российском сайте по ВТО. См.: <http://www.wto.ru> (посещение сайта от 23.08.2004).

соглашений ВТО. Она направлена на охрану прав и обязанностей членов по охваченным соглашениям⁹ и внесение ясности в содержание положений этих актов путем их толкования¹⁰. Кроме того, в ряде соглашений по предмету их регулирования содержатся особые или дополнительные правила рассмотрения споров, которые вместе с ДРС образуют систему процессуальных норм ВТО.

Сфера действия ДРС определяется ее субъектным, объектным и временным применением.

Под *субъектным применением* ДРС понимается действие данного соглашения в отношении субъекта, имеющего право обращаться к процедурам урегулирования споров. Согласно Договоренности, таковым является только член организации. ДРС не применяется между двумя членами, если любой из них на момент вступления одного из них в ВТО не согласен на такое применение¹¹.

Под *объектное применение* ДРС подпадают все споры по торговле товарами, услугами и торговым аспектам прав интеллектуальной собственности в рамках соглашений ВТО.

Если не учитывать особых оговорок в ст. 64 Соглашения по ТРИПС и ст. XXIII ГАТС, то дела в ВТО в целом возбуждаются подачей жалоб одного из трех типов, как-то: жалобы на нарушение правил, жалобы при отсутствии нарушения и жалобы, связанные с наличием определенной ситуации¹². Примечательно, что даже не противоречащее нормам ВТО деяние члена может вызвать спор, если оно аннулирует или сокращает выгоду другого члена, вытекающую для него из соответствующего охваченного соглашения, либо затрудняет достижение какой-либо цели этого соглашения. Отсюда можно сделать вывод, что решающим критерием при оценке оспариваемой меры здесь является не столько характер деяния, сколько воздействие такого деяния на выгоду страны-участницы, извлекаемую по определенному соглашению, либо на достижение целей соглашения. Тем не менее, как показывает

⁹ Согласно ст. 1.1 ДРС к соглашениям, охваченным данной Договоренностью, («охваченным соглашениям») относятся Соглашение о ВТО, ГАТТ, ГАТС, ТРИПС и др. акты, перечисленные в Дополнении 1 к ДРС.

¹⁰ См. ст. 3.2 ДРС.

¹¹ См. ст. XIII Соглашения о ВТО («Неприменение многосторонних торговых соглашений между отдельными членами»).

¹² В научной литературе английский эквивалент перечисленных категорий звучит как «violation complaints», «non-violation complaints» и «situation complaints» соответственно. Также см.: ст. XXIII ГАТТ 1994 и ст. 26 ДРС.

практика, трения в ВТО в основном возникают из-за нарушения членом своих обязательств по охваченным соглашениям. А что касается рассмотрения дел по жалобам второго и тем более третьего типов, то оно является большой редкостью в системе ВТО¹³.

Временное применение определяется периодом действия ДРС. Договоренность является бессрочным актом. Кроме того, она не имеет обратной силы и, следовательно, «применяется только в отношении новых запросов на проведение консультаций, представленных на основе положений о консультациях охваченных соглашений на дату вступления в силу Соглашения о ВТО или после нее»¹⁴. Поэтому все споры, для которых запрос о консультациях был сделан до 1 января 1995 г. (даты учреждения ВТО), должны быть рассмотрены на основе «соответствующих правил и процедур по урегулированию споров, которые действовали непосредственно перед датой вступления в силу Соглашения о ВТО»¹⁵. В период сосуществования ГАТТ 1947 и ВТО (т.е. в течение всего 1995 г.) такие споры решались по правилам системы ГАТТ¹⁶.

В заключение хотелось бы добавить, что общие правила и процедуры ДРС применяются постольку, поскольку не действуют особые режимы разрешения споров, т.е.:

- 1) специальные или дополнительные правила и процедуры в рамках охваченных соглашений¹⁷;
- 2) специальные нормы или процедуры по спорам, в которых участвуют развивающиеся страны.

Правила и процедуры, обозначенные во втором случае и закрепленные в 11 положениях Договоренности, являются одной из характерных особенностей системы разрешения споров ВТО. Признавая особый статус развивающихся и наименее развитых стран-членов, ДРС предусматривает для них более гибкие условия участия в процессе

¹³ Даже в системе ГАТТ 1947 свыше 90% жалоб (а их насчитывалось более 250) были жалобами на нарушение правил, тогда как менее 20 жалоб касалось дел, не связанных с нарушениями, и только 4 дела инициировались с подачи жалоб, связанных с ситуацией. См.: *Analytical Index. Guide to GATT Law and Practice*, Vol. 2, Geneva: WTO, 1995. P. 771-787.

¹⁴ Статья 3.11 ДРС.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Подробнее о сосуществовании систем разрешения споров ГАТТ 1947 и ВТО см.: Komuro N. "The WTO Dispute Settlement Mechanism – Coverage and Procedures of the WTO Understanding", *Journal of World Trade*, Vol. 29, № 4 (1995). P. 8-15.

¹⁷ Данные правила и процедуры перечислены в Дополнении 2 к ДРС.3. Система разрешения споров ВТО как воплощение старого и нового

разбирательства, а также обеспечивает им доступ к технической помощи Секретариата ВТО¹⁸.

Система разрешения споров ВТО зародилась не на пустом месте. Во многом она основана на соответствующих процедурах ГАТТ 1947. Так, согласно ст. 3.1 ДРС, «члены подтверждают свою готовность соблюдать принципы урегулирования споров, применявшиеся до настоящего времени в соответствии со статьями XXII и XXIII ГАТТ 1947, а также правила и процедуры, в том виде как они развиты и изменены в настоящей Договоренности».

Вместе с тем Уругвайский Раунд многосторонних переговоров (1986-1994 гг.)¹⁹ внес ряд принципиальных новшеств. Во-первых, расширен предметный охват споров. Отныне к рассмотрению уполномоченных органов ВТО могут приниматься дела, касающиеся не только торговли товарами (как это было в случае с ГАТТ 1947), но также и торговли услугами и торговых аспектов прав интеллектуальной собственности. Во-вторых, внедрена новая процессуальная стадия в форме апелляционного производства, и учрежден Апелляционный орган как дополнительное институциональное звено при рассмотрении споров. В-третьих, принятие решений по ключевым вопросам в рамках ДРС осуществляется по правилу «негативного консенсуса»²⁰, благодаря чему делается эффективный заслон блокированию процесса. В-четвертых, подробное регулирование процессуальных действий и сроков наполнило Договоренность более конкретным содержанием, в связи с чем предусмотренные в ней процедуры и механизмы стали больше походить на международное судопроизводство. И наконец, в-пятых, урегулирование споров в ВТО осуществляется в рамках интегрированной системы, отличной от предыдущей «фрагментарной», в которой отсутствовали унифицированные правила и единая система органов.

¹⁸ См.: Shadikhodjaev S., «Developing Countries and the WTO Dispute Settlement System: Special Status and Problems of its Enhancement», *Democratization and Human Rights*, №1 (2004). P. 65-73.

¹⁹ Об истории переговоров Уругвайского Раунда см.: Stewart T.P. (ed.). *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Denveter: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.

²⁰ Согласно сноске 1 к ст. 2.4. ДРС, консенсус как метод принятия решений имеет место, когда ни один из присутствующих членов «официально не возражает против предложенного решения». Правило «негативного консенсуса» означает, что Орган по разрешению споров *утвердительно (положительно)* решает такие вопросы, как учреждение третьей группы, принятие докладов третьей группы и Апелляционного органа, санкционирование приостановления уступок, если консенсусом не решит об обратном.

4. Основополагающие принципы

Урегулирование споров в ВТО осуществляется на основе ряда принципов. Статья 3.3 ДРС устанавливает **принцип безотлагательного урегулирования** как необходимое условие для эффективного функционирования ВТО.

Исходя из **принципа надлежащего баланса между правами и обязанностями членов**, стороны спора должны уведомлять Орган по разрешению споров и другие компетентные органы о решениях, принятых по взаимному согласию, с тем, чтобы любой член мог поднять любой вопрос по данному решению²¹.

Принцип позитивного разрешения спора означает, что наиболее предпочтительным исходом процесса является решение, взаимоприемлемое для сторон спора. При отсутствии такого решения следующим по предпочтительности средством является отмена принятой меры, несовместимой с соглашениями ВТО. Если немедленная отмена неосуществима, следует прибегнуть к компенсации. В случае, когда стороны спора не в состоянии договориться о компенсации, последней возможностью для истца является приостановление уступок или других обязательств в отношении ответчика. Таким образом, данный принцип устанавливает очередность мер в отношении «провинившейся» стороны спора²².

Принцип неприемлемости односторонних действий запрещает стороне спора квалифицировать действия другой стороны на предмет их правомерности и принимать соответствующие контрмеры иначе как путем урегулирования спора в рамках ДРС²³. Иными словами, как отмечает В.М. Шумилов, «в системе ВТО приоритет в способах и методах защиты национальных интересов отдан исключительно многосторонним правилам (а не односторонним или узкогрупповым действиям государств)»²⁴.

²¹ См.: ст. 3.6 ДРС.

²² См.: ст. 3.7 ДРС.

²³ См. ст. 23 ДРС.

²⁴ Шумилов В.М. «Некоторые черты и особенности права ВТО (выводы и тезисы)». См. сайт Рабочей группы РСПП по вступлению России в ВТО и реформе таможенной политики, <http://www.rgwto.com/upload/contents/426/pravo9.doc> (посещение сайта от 28.01.2005).

5. Главные органы

Орган по разрешению споров (ОРС), состоящий из всех членов ВТО²⁵, осуществляет общее управление правилами и процедурами урегулирования споров. ОРС имеет исключительные полномочия создавать третейские группы, принимать доклады третейских групп и Апелляционного органа, контролировать выполнение решений и рекомендаций и разрешать приостановление уступок и других обязательств²⁶.

Третейская группа из трех, реже пяти, высококвалифицированных правительственных и/или неправительственных специалистов создается для проведения объективной оценки вопросов по конкретному делу и оказания содействия ОРС в даче рекомендаций и принятии решения по данному спору²⁷.

Апелляционный орган, состоящий из семи человек, рассматривает апелляции по правовым вопросам, обозначенным в докладе третейской группы, и юридическому толкованию, данному третейской группой. Апелляционный орган может подтвердить, изменить или отменить правовые выводы и заключения третейской группы²⁸.

6. Процедуры

Процесс урегулирования споров ВТО в общем виде состоит из четырех стадий: консультаций, третейского разбирательства, апелляционного производства и выполнения рекомендаций²⁹ и решений. Каждая стадия, в свою очередь, делится на ряд подстадий, как это показано ниже.

²⁵ Статья 2.1 ДРС отдельно оговаривает, что «в случаях, когда ОРС применяет положения об урегулировании споров, изложенные в торговом соглашении с ограниченным кругом участников, только члены, которые являются сторонами этого соглашения, могут участвовать в процессе принятия решений или мер, которые ОРС применяет в отношении данного спора».

²⁶ См. ст. 2 ДРС.

²⁷ См. ст. 6, 7, 8 и 11 ДРС.

²⁸ См. ст. 17, 18 и 19 ДРС.

²⁹ Здесь имеются в виду рекомендации третейской группы или Апелляционного органа, адресованные той стороне спора, мера которой была признана противоречащей какому-либо из охваченных соглашений. При этом такой стороне рекомендуется привести эту меру в соответствие с данным соглашением. Кроме того, третейская группа или Апелляционный орган могут также предложить определенные способы выполнения рекомендаций. Подробнее см. ст. 19 ДРС. По рекомендациям относительно дел, не связанных с нарушением правил ВТО, см. ст. 26 ДРС.

Процедуры разрешения споров в ВТО³⁰

Стадии	Подстадии	Сроки
Консультации	<ul style="list-style-type: none"> • Просьба о проведении консультаций • Консультации 	60 дней
Третейское разбирательство	<ul style="list-style-type: none"> • Просьба об учреждении третейской группы • Создание третейской группы (утверждение ее состава и полномочий) 	45 дней
	<ul style="list-style-type: none"> • Изучение дела • Предварительное рассмотрение • Направление пректа докладсторонам спора 	6 месяцев
	<ul style="list-style-type: none"> • Распространение доклада среди членов ВТО 	3 недели
	<ul style="list-style-type: none"> • Принятие доклада (при отсутствии апелляции) 	60 дней Всего: 1 год (с начала консультаций)
Апелляционное производство	<ul style="list-style-type: none"> • Рассмотрение апелляции 	60-90 дней
	<ul style="list-style-type: none"> • Принятие доклада Апелляционного органа 	30 дней Всего: 1 год 4 месяца (с начала консультаций)
Выполнение рекомендаций и решений	<ul style="list-style-type: none"> • Намерение по выполнению рекомендаций и решений 	30 дней с даты принятия соответствующего доклада по делу
	<ul style="list-style-type: none"> • Консультации по компенсации 	20 дней с даты истечения разумного срока (как правило не превышающего 15 месяцев)
	<ul style="list-style-type: none"> • Просьба о разрешении приостановления уступок • Рассмотрение и удовлетворение просьбы 	30 дней с момента истечения разумного срока
	<ul style="list-style-type: none"> • Арбитраж по уровню приостановления уступок (при наличии запроса) 	60 дней со дня истечения разумного срока
	<ul style="list-style-type: none"> • Контроль за выполнением рекомендаций и решений 	До исчерпывающего разрешения спора

³⁰ Составлено автором на основе соответствующих положений ДРС.

6.1. Консультации

Формальным основанием для начала консультаций является соответствующая просьба истца, направленная ответчику при одновременном уведомлении об этом ОРС и уполномоченных Советов и Комитетов ВТО. По общему правилу, сторона, которой адресована просьба, должна ответить на нее в течение 10 дней и начать консультации по доброй воле не позднее чем через 30 дней с даты получения просьбы. Согласно ст. 4.11 третья сторона может участвовать в начатых консультациях при предварительном уведомлении спорящих сторон и ОРС.

Консультации, являясь переговорным процессом между спорящими сторонами, проходят в конфиденциальной форме в соответствии со ст. 4.6. Поэтому, когда, например, Республика Корея в деле по алкогольным напиткам утверждала о недобросовестном участии истцов в консультациях, третейская группа в своем докладе констатировала, что не в состоянии оценить «адекватность» консультаций ввиду их конфиденциальности. Исходя из этого функция третейской группы сводится лишь к тому, чтобы «удостовериться в том, что консультации были действительно проведены» с соблюдением всех предусмотренных для данной стадии формальных условий ДРС³¹.

Статья 5 предоставляет спорящим сторонам возможность прибегнуть к альтернативным средствам улаживания споров, таким как добрые услуги, согласительная процедура и посредничество. Генеральный директор (ст. 5.6) или председатель ОРС (ст. 24.2) могут оказать такие услуги. При отсутствии положительного исхода консультаций либо альтернативных процедур истец вправе попросить об учреждении третейской группы.

6.2. Третейское разбирательство

Стадия третейского разбирательства важна тем, что здесь устанавливается совместимость оспариваемой меры с нормами ВТО и могут выдвигаться определенные рекомендации по результату рассмотрения. Кроме того, одобренные ОРС решения третейской группы по конкретному спору имеют важное юридическое значение для национального права государств³².

³¹ См.: *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*. Panel Report, WT/DS75/R, WT/DS84/R (17 February 1999), para. 10.19.

³² Подробнее см.: Приказчиков А.А. Механизм разрешения споров во Всемирной торговой организации и его влияние на внутреннее право государств // Государство и право. 2001. № 5. С. 87-88.

Третейское разбирательство возбуждается просьбой истца об учреждении третейской группы. Статья 6.2 устанавливает общие требования к форме и содержанию такой просьбы³³. В соответствии со ст. 6.1 вопрос о формировании третейской группы решается на заседании ОРС по принципу «негативного консенсуса».

При подаче жалоб несколькими сторонами, по мере возможности, должна создаваться единая третейская группа. Если же создается более одной третейской группы, то одни и те же лица, по мере возможности, включаются в состав каждой третейской группы и работают по согласованному графику рассмотрения споров³⁴.

Жалобу может подавать любой член, убежденный в том, что его выгоды, извлекаемые из охваченного соглашения, аннулируются или сокращаются в результате мер, применяемых другим членом. Когда ЕС, выступая ответчиком в деле по бананам, заявило, что США за неимением правового интереса не вправе возбуждать третейское разбирательство, Апелляционный орган опроверг данное утверждение, указав на отсутствие соответствующего положения в ДРС³⁵.

По общему правилу, истец должен установить факт *prima facie* (*prima facie case*) об аннулировании или сокращении выгод, предоставив для этого необходимый минимум доказательств. Как было определено Апелляционным органом, факт *prima facie* означает, что при отсутствии эффективного опровержения со стороны ответчика третейская группа решает в пользу истца, установившего факт *prima facie*³⁶.

Другой немаловажный аспект тяжбы в рамках третейского и апелляционного производств – это бремя доказывания. В соответствии с установившейся практикой бремя доказывания несет сторона, будь то истец или ответчик, которая делает утвердительное заявление по поводу конкретной претензии либо в свою защиту. При предоставлении доказательств, достаточных для презумпции правдивости такого заявления, бремя доказывания переходит к противоположной сторо-

³³ Так, просьба об учреждении третейской группы направляется в письменном виде. В ней указывается факт проведения консультаций, обозначаются конкретные меры по спорному вопросу и содержится краткое изложение правовой основы жалобы.

³⁴ См. ст. 9 ДРС.

³⁵ См.: *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Appellate Body Report, WT/DS27/AB/R (9 September 1997), para. 132.

³⁶ См.: *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Appellate Body Report, WT/DS48/AB/R (16 January 1998), para. 104.

не, которая при наличии «контрдоказательств» может опровергнуть данную презумпцию³⁷.

Как истец, так и ответчик вправе:

- просить третейскую группу о представлении отдельных докладов по спору, возбужденному с подачи жалоб несколькими сторонами (ст. 9.2);

- иметь достаточное время на подготовку своих представлений третейской группе (ст. 12.4);

- делать письменные и устные заявления в ходе третейского разбирательства (ст. 12);

- иметь доступ к неконфиденциальной информации, предоставленной консультативной группе экспертов (п. 5 Дополнения 4 к ДРС); и т.д.

В то же время и истец, и ответчик обязаны:

- не возражать против кандидатур в члены третейской группы, выдвинутых Секретариатом, кроме как в силу вынужденных обстоятельств (ст. 8.6);

- соблюдать сроки, установленные третейской группой (ст. 12.5);

- незамедлительно и исчерпывающе отвечать на запросы третейской группы и консультативной группы экспертов о необходимой информации (ст. 13 ДРС и п. 4 Дополнения 4 к ДРС);

- не поддерживать связи *ex parte* с третейской группой (ст. 18.1); и т.д.

Юридический статус третьих сторон в третейском разбирательстве определяется главным образом ст. 10 ДРС и п. 6 Дополнения 3 к ДРС. Согласно данным положениям, третья сторона вправе выступать перед третейской группой и представлять ей письменные заявления, которые также должны быть доступны сторонам спора. Если третья сторона считает, что оспариваемая в деле мера аннулирует или сокращает выгоды, вытекающие для нее из охваченного соглашения, то этот член может прибегнуть к обычным процедурам урегулирования спора на основе ДРС.

6.3. Апелляционное производство

Рассмотрение дела в апелляционном порядке возбуждается истцом либо ответчиком путем подачи соответствующей апелляции в Апелляционный орган. Третьи стороны согласно ст. 17.4 имеют право делать письменные представления и быть заслушанными Апелляционным органом.

³⁷ См.: *US – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, Appellate Body Report, WT/DS33/AB/R (25 April 1997), para. 14.

Предметом апелляции могут быть только правовые вопросы, охваченные докладом третейской группы, либо юридическое толкование, данное третейской группой³⁸. Следовательно, выводы третейской группы по фактам дела не рассматриваются Апелляционным органом. Фактом, например, может служить установление происшествия какого-либо события в пространстве и времени, а уже проблема сопоставимости такого факта с положениями международного договора относится к категории правовых вопросов³⁹.

По ст. 18 стороны спора должны воздержаться от связей *ex parte* с Апелляционным органом. В свою очередь, члены Апелляционного органа, рассматривающие апелляцию, не могут встречаться или связываться с одной спорящей стороной (или третьей стороной) при отсутствии другой стороны (или третьей стороны)⁴⁰.

Доклады Апелляционного органа, принятые ОРС, могут подтвердить, изменить или отменить правовые выводы и заключения третейской группы⁴¹.

По общему правилу, закрепленному в ст. 20, период между датой учреждения третейской группы и датой рассмотрения ОРС доклада третейской группы или Апелляционного органа с целью его принятия не должен превышать 9 месяцев при отсутствии апелляции или 12 месяцев, если на доклад подана апелляция.

6.4. Выполнение рекомендаций и решений

Выполнение принятых рекомендаций и решений завершает процесс урегулирования спора. Качество их реализации влияет на доверие членов к системе ДРС и определяет уровень ее эффективности.

Статья 21.3 требует, чтобы соответствующая сторона проинформировала ОРС о своих намерениях в отношении выполнения рекомендаций и решений. Если их немедленное выполнение не представляется возможным, то предоставляется разумный срок, устанавливаемый одним из следующих способов:

³⁸ См. ст. 17.6 ДРС.

³⁹ См. Appellate Body Report on *EC – Hormones*, *supra* note 36, para. 132.

⁴⁰ См. para. 19 of Working Procedures for Appellate Review, reproduced in Petersmann E.-U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, London-the Hague-Boston: Kluwer Law Int'l, 1997. P. 319-330.

⁴¹ См. ст. 17.13 ДРС.

- определение срока стороной, которой адресуются рекомендации, с последующим одобрением ОРС⁴²;
 - определение срока путем взаимного согласования сторон спора⁴³;
- или
- определение срока путем обязывающего арбитража⁴⁴.

ОРС осуществляет контроль за выполнением принятых рекомендаций или решений. Для этого соответствующая сторона спора представляет в ОРС письменный доклад о ходе выполнения рекомендаций или решений⁴⁵.

Если имеются расхождения в позициях сторон относительно наличия или сопоставимости с охваченным соглашением мер, принятых с целью выполнения рекомендаций и решений, такой спор согласно ст. 21.5 решается путем использования процедур ДРС, включая, по возможности, использование первоначальной третейской группы.

Сторона, выигравшая дело, вправе принимать контрмеры, если противоположная сторона не выполняет рекомендации и решения ОРС в течение разумного срока. К таким мерам ДРС причисляет:

- взаимоприемлемую компенсацию, определяемую по просьбе истца⁴⁶;
- приостановление с санкции ОРС применения к соответствующему члену уступок или других обязательств по охваченным соглашениям (т.н. «возмездие», или “retaliation”), если стороны не договорятся о компенсации.

Следует отметить, что в практике ВТО неоднократно возникала т.н. «проблема последовательности» (the “sequencing” problem) между применением ст. 21.5, которая упоминалась выше, и ст. 22 ДРС в части приостановления уступок. Дело в том, что текст Договора не позволяет однозначно определить, может ли «выигравшая» сторона просить у ОРС разрешения на приостановление уступок (ст. 22.6), не дождавшись окончания третейского разбирательства по вопросу

⁴² См. ст. 21.3 (a) ДРС.

⁴³ См. ст. 21.3 (b) ДРС.

⁴⁴ См. ст. 21.3 (c) ДРС.

⁴⁵ См. ст. 21.6 ДРС.

⁴⁶ Термин «компенсация» в данном контексте означает не выплату денежной суммы за ущерб, нанесенный действием ответчика, а меру, направленную на восстановление баланса торговых уступок в рамках ВТО. Компенсация, например, может быть предоставлена ответчиком в форме снижения таможенных пошлин на импорт товаров из страны-истца. См.: O'Connor B., «Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System – The Bananas and Hormones Cases», *Journal of World Trade*, Vol. 38, № 2 (2004). P. 256-257.

о наличии или сопоставимости с охваченным соглашением мер, принятых противоположной стороной (ст. 21.5). Подобный правовой пробел может привести к ситуации, когда, скажем, ОРС санкционирует приостановление уступок, а спустя некоторое время третейской группой устанавливается, что меры по выполнению рекомендаций и решений все же имели место. Очевидно, что это чревато коллизией решений при рассмотрении одного и того же спора. Ввиду отсутствия надлежащей нормативной базы в ДРС в ряде случаев стороны спора согласовывали свои позиции по данному казусу путем заключения двусторонних соглашений⁴⁷. В основном эти соглашения либо признавали очередность процессуальных действий по принципу «сначала ст. 21.5, затем ст. 22»⁴⁸, либо же при параллельном их «запуске» приостанавливали действия в рамках ст. 22 (например, арбитраж по уровню приостановления уступок) до окончательного решения третейской группы по вопросам ст. 21.5⁴⁹. Думается, что проблему последовательности оптимальнее было бы решать не на уровне отдельных споров, а путем единого подхода к этому вопросу, дополнив ДРС необходимыми положениями. При этом за основу логично брать принцип прямой очередности действий по ст. 21.5 и ст. 22.

Статья 22.1 устанавливает два принципиально важных правила, согласно которым: 1) компенсация и приостановление уступок или других обязательств – это временные меры, которые не являются более предпочтительными, чем выполнение в полном объеме принятых рекомендаций и решений; и 2) компенсация является добровольной и в случае предоставления должна соответствовать охваченным соглашениям (в том числе принципу наибольшего благоприятствования в рамках этих соглашений).

По общему правилу, сторона, подавшая жалобу, вначале стремится к приостановлению уступок или других обязательств в том же секторе (тех же секторах), в котором (которых) было обнаружено нарушение либо другое аннулирование или сокращение выгод. Но если указанная сторона считает, что принятие подобной меры невозможно или неэф-

⁴⁷ Согласно данным ВТО, к 17 сентября 2004 г. было зафиксировано 12 случаев заключения соглашений по проблеме последовательности. См.: WTO, *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millenium*, 2004. P. 53, footnote 41.

⁴⁸ По этому принципу проблема последовательности была решена, напр., в делах *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (WT/DS27)* и *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather (WT/DS126)*.

⁴⁹ См. дело *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (WT/DS18)*.

фективно, то она может попросить разрешения на приостановление уступок или других обязательств: 1) в других секторах, но в рамках того же соглашения или 2) в рамках другого охваченного соглашения (т.н. «перекрестное возмездие», или “cross-retaliation”)⁵⁰.

ОРС руководствуется двумя принципами, когда дает разрешение на приостановление уступок. Во-первых, уровень запрашиваемого приостановления должен соответствовать уровню аннулирования или сокращения выгод. Во-вторых, данная мера не должна быть запрещенной охваченным соглашением⁵¹. В тех случаях, когда ответчик возражает против предлагаемого уровня приостановления, дело передается в арбитраж⁵². Как видно, ДРС предусматривает для ответчика определенные гарантии от произвольного приостановления торговых уступок.

7. Ревизия ДРС и вопросы реформирования системы урегулирования споров

Ревизия ДРС предусматривалась еще специальным решением от 1994 г. о применении и пересмотре Договоренности⁵³. Работа по пересмотру ее положений началась в 1997 г. и в настоящее время продолжается в рамках нового раунда переговоров, инициированного в 2001 г. на четвертой Министерской конференции ВТО в Дохе (Катар). К настоящему моменту в адрес ОРС было направлено свыше 60 письменных представлений отдельных членов с конкретными предложениями по реформированию системы урегулирования споров⁵⁴. В общем можно выделить четыре блока вопросов, затронутых в этих предложениях:

1) институциональные вопросы – формирование третейской группы из постоянно действующих лиц вместо нынешних *ad hoc* членов⁵⁵, создание фонда ВТО по разрешению споров⁵⁶ и т.д.;

⁵⁰ См. ст. 22.3 ДРС.

⁵¹ Так, ст. XXII:7 Соглашения по правительственным закупкам запрещает применение «перекрестного возмездия».

⁵² Согласно ст. 22.6 ДРС «такой арбитраж проводится первоначальной третейской группой при наличии ее членов или арбитром, назначаемым Генеральным директором».

⁵³ Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, reproduced e.g. in *The Results of the Uruguay Round*, *supra* note 8. P. 465.

⁵⁴ Более того, данный вопрос также активно обсуждается и в академических кругах. См.: «The Doha Development Round Negotiations on Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Procedures» in: Ortino F. & Petersmann E.-U. (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague-London-New York: Kluwer Law Int'l, 2004. P. 3-153.

2) процессуальные вопросы – порядок толкования норм по запросу спорящих сторон⁵⁷, процедуры внесения представлений *amicus curiae*⁵⁸, пересмотр некоторых сроков⁵⁹, укрепление статуса третьих сторон⁶⁰ и т.д.;

3) средства возмещения (санкции) – введение в исключительных случаях превентивных мер⁶¹, разрешение коллективных действий против ответчика, проигравшего дело⁶², обязательная выплата компенсации⁶³ и т.д.;

4) особый статус развивающихся стран – принудительное возмещение процессуальных издержек развивающейся страны⁶⁴, конкретизация нормы об уделении особого внимания проблемам развивающихся стран⁶⁵ и др.

В заключение можно отметить, что пути усовершенствования механизма разрешения споров во многом будут определяться как волеизъявлением самих членов по этому вопросу, так и динамикой развития ВТО в целом. В первом случае решающим моментом, как нам представляется, является достижение баланса интересов между развитыми и развивающимися странами, а также компромисса между различными правовыми системами и школами. Во втором же случае на процесс реформирования будут влиять такие факторы, как организационные и функциональные преобразования внутри ВТО и возможные изменения в вопросах ее юрисдикции.

⁵⁵ См. представление ЕС, TN/DS/W/1 (13 March 2002). Для ознакомления с этим и нижеследующими документами см.: http://docsonline.wto.org/gen_search.asp?searchmode=simple (посещение сайта от 10.09.2004).

⁵⁶ См. представление Кении, TN/DS/W/42 (24 January 2003).

⁵⁷ См. представление Иордании, TN/DS/W/43 (28 January 2003).

⁵⁸ См. там же.

⁵⁹ См. совм. представление Чили и США, TN/DS/W/52 (14 March 2003).

⁶⁰ См. представление Коста-Рики, TN/DS/W/12/Rev.1 (6 March 2003).

⁶¹ См. представление Мексики, TN/DS/W/23 (4 November 2002).

⁶² См. представление Кении, TN/DS/W/42 (24 January 2003).

⁶³ См. представление Эквадора, TN/DS/W/9 (8 July 2002).

⁶⁴ См.: представление Китая, TN/DS/W/51 (5 March 2003).

⁶⁵ См.: представление группы развивающихся стран, TN/DS/W/19 (9 October 2002).

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Итоги работы Комиссии международного права над первой частью проекта статей «Международная ответственность за вредные последствия действий, не запрещенных международным правом»

*Савельева Л.В.**

Эту тему Комиссия включила в свою программу работы на тридцатой сессии в 1978 году. В период до 1997 года на основе 17 докладов Специальных докладчиков¹ (Роберта К. Квентина-Бакстера и Хулио Барбосы) были выработаны некоторые проекты статей. Однако решения о передаче их Редакционному комитету принято не было. На своей сорок девятой сессии в 1997 году Комиссия учредила Рабочую группу для рассмотрения вопроса о том, каким образом Комиссии следует продолжать работу над этой темой. Проанализировав работу Комиссии за весь предыдущий период, она отметила, что сфера охвата и содержание темы остаются неясными в силу следующих факторов: наличие концептуальных и теоретических трудностей, сомнения в уместности названия и вопрос связи этой темы с темой «Ответственность государств». Было подчеркнуто, что рассматриваемые в рамках данной темы два вопроса «предотвращение» и «международная ответственность» отличаются друг от друга, хотя и связаны между собой.

Таким образом, Комиссия решила продолжить свою работу по теме, начав с вопроса о предотвращении в рамках подраздела «Предотвращение трансграничного ущерба от опасных видов деятельности». Для

* Савельева Лариса Владиславовна – к.ю.н.; доцент кафедры международного права МГИМО (У) МИД России.

¹ Тексты докладов см. на официальном сайте Комиссии международного права <http://www.un.org>.

этой части темы Специальным докладчиком был назначен Пеммараджу Шринивас Рао. После рассмотрения его трех докладов², а также комментариев и замечаний правительств на пятьдесят третьей сессии в 2001 году Комиссия приняла окончательный текст проекта преамбулы и 19 проектов статей о предотвращении, завершив тем самым работу над первой частью темы и рекомендовав Генеральной Ассамблее разработать конвенцию на основе этих проектов статей.

Есть несколько причин, по которым Комиссия сначала сосредоточилась на концепции предотвращения. Предотвращение трансграничного вреда окружающей среде, людям и имуществу содержится в качестве одного из важнейших принципов во многих многосторонних договорах, касающихся охраны окружающей среды, аварий на атомных электростанциях, космических объектов, международных водотоков, удаления опасных отходов и предупреждения загрязнения морской среды³. Этот принцип получил подтверждение в судебном решении по делу о заводе “Trail Smelter”⁴. В Декларации Конференции ООН по окружающей среде и развитию в Рио-де-Жанейро 1992 г.⁵ в принципе 2 прямо подчеркивалась цель – предотвращение трансграничного вреда, возникающего в результате опасных видов деятельности. Позже об этом же шла речь в консультативном заключении Международного Суда ООН 1996 г. относительно законности применения ядерного оружия государством в вооруженном конфликте⁶. И поскольку в случае причинения вреда компенсация зачастую не может обеспечить восстановление положения, существовавшего до этого или до аварии, предпочтительным средством должно стать именно предотвращение.

Комиссия ограничила сферу применения статей о предотвращении несколькими критериями – деятельность должна быть не запрещена международным правом, быть сопряженной с риском причинения значительного трансграничного вреда в силу своих физических послед-

² Там же.

³ См., например: Конвенцию о предотвращении загрязнения моря из наземных источников 1974 г. (International Legal Materials, vol. 13, 1974. P. 352), Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 г. (International Legal Materials, vol. 30, 1991. P. 800), Конвенцию о трансграничном воздействии промышленных аварий 1992 г. (International Legal Materials, vol. 31, 1992. P. 1333).

⁴ <http://212.153.43.18/icjwww/idecisions.htm>.

⁵ Действующее международное право. М., 2002. С. 947.

⁶ <http://212.153.43.18/icjwww/idecisions.htm>.

ствий и осуществляться на территории или иным образом под юрисдикцией или контролем государства. При этом было признано нецелесообразным включение в Проект перечня видов такой деятельности, так как он не будет носить исчерпывающего характера, может быстро устаревать, требуя периодического пересмотра с учетом быстрого развития технологий.

В основу Проекта положен фундаментальный принцип *sic utere tuo ut alienum non laedas*, который нашел отражение в принципе 21 Декларации Конференции ООН по проблемам окружающей человека среды в Стокгольме 1972 г.⁷ В статьях предусматривается, что государства должны принимать все надлежащие меры для предотвращения значительного трансграничного вреда или в любом случае сведения к минимуму его риска. Это обязательство в свою очередь основывается на принципе должной осмотрительности. Как стандартная основа для защиты окружающей среды этот принцип может быть выведен из таких международных договоров, как, например, Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, 1967 г.⁸, Конвенция ООН по морскому праву 1982 г.⁹, Венская конвенция о защите озонового слоя 1987 г.¹⁰, Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков 1992 г.¹¹, Принципы, касающиеся использования ядерных источников энергии в космическом пространстве, 1992 г.¹² В контексте настоящих статей должная осмотрительность означает такую степень осмотрительности, которую можно ожидать от правительства, добросовестно исполняющего свои обязанности. Для этого необходима правовая система и достаточные ресурсы для содержания надлежащего административного аппарата, обеспечивающего контроль и наблюдение за соответствующей деятельностью. Вместе с тем трудно ожидать одинаковую осмотрительность у государств с хорошо развитой экономикой и государств, находящихся в менее выгодном положении. Но и в последнем случае естественной обязанностью любого государства является обеспечение контроля за опасными

⁷ A/CONF.48/Rev.1.

⁸ Действующее международное право. М., 2002. С. 940.

⁹ Действующее международное право. М., 2002. С. 846.

¹⁰ International Legal Materials, vol. 26, 1987. P. 1529.

¹¹ International Legal Materials, vol. 31, 1992. P. 1312.

¹² Договоры и принципы Организации Объединенных Наций, касающиеся космического пространства, ST/SPACE/11, Нью-Йорк, 2002. С. 52.

видами деятельности. Также требуемая степень осмотрительности пропорциональна степени опасности. Степень самого вреда должна быть предсказуемой, и государство должно знать о том, что конкретный вид деятельности сопряжен с риском причинения значительного вреда. Чем выше степень недопустимого вреда, тем выше степень обязательства в отношении проявления требуемой осмотрительности с целью его предотвращения.

Еще одним основополагающим принципом в деле разработки и осуществления эффективной политики предотвращения является отраженный в Проекте принцип добросовестного сотрудничества. Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г.¹³ и Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении международных договоров 1978 г.¹⁴ признали основополагающее место этого принципа в праве международных договоров. А в решении Международного Суда по делу о ядерных испытаниях (Австралия против Франции)¹⁵ затрагивается вопрос о сфере применения принципа – «одним из основных принципов, регулирующих создание и соблюдение правовых обязательств, независимо от их источника, является принцип добросовестности». Конкретные формы сотрудничества могут быть различными, в том числе участие государства, которое может быть затронуто, в любых превентивных действиях, необходимых для повышения эффективности таких действий. Это государство может лучше знать, какие виды указанной деятельности могут представлять для него большую опасность нанесения ущерба или какие районы его территории, близкие к границе, могут быть в большей степени затронуты трансграничными последствиями указанной деятельности и т.д. Также в случае необходимости заинтересованные государства могут запрашивать содействие одной или нескольких международных организаций, однако с учетом того, что такая международная организация должна обладать соответствующей компетенцией по уставу.

Для того чтобы юридическому или физическому лицу начать осуществлять какой-либо вид деятельности, подпадающий под сферу применения данных статей, необходимо получить предварительное разрешение государства, на чьей территории или под чьей юрисдикцией или контролем она будет осуществляться. Государства могут сами

¹³ Действующее международное право. М., 2002. С. 150.

¹⁴ Действующее международное право. М., 2002. С. 73.

¹⁵ <http://212.153.43.18/icjwww/idecisions.htm>.

выбирать форму такого разрешения. Причем разрешение необходимо и для изменений, которые планируется внести в деятельность, уже регулируемую настоящими положениями. Эти изменения должны быть существенными, то есть способными увеличить риск или изменить его характер или масштабы. Эта же процедура предусматривается и в случае, если изменения вносятся в изначально безвредную деятельность. Требование в отношении разрешения должно быть распространено на все уже осуществляющиеся виды деятельности, а ранее выданные разрешения должны быть пересмотрены. Эта корректировка, как правило, имеет место тогда, когда устанавливаются новые законодательные или административные требования, связанные с принятием и применением стандартов в области безопасности или новых международных стандартов или обязательств.

Перед тем как дать оператору разрешение на соответствующую деятельность, государство должно обеспечить проведение оценки риска причинения в результате этой деятельности значительного трансграничного вреда. Такая оценка позволяет государству определить величину и характер риска, а следовательно, и характер превентивных мер. Требование о проведении оценки в той или иной форме включено во многие международные договоры¹⁶.

Весьма распространенным способом оценки соответствующего потенциального вреда становится практика предъявления требования о представлении заключения об оценке воздействия на окружающую среду. Впервые концепция правового обязательства подобной оценки была разработана в США в 70-е годы. Позднее Канада и европейские страны приняли такой же подход. В 1985 году директивой Европейских Сообществ на государства-члены была возложена обязанность выполнять минимальные требования, касающиеся оценки воздействия на окружающую среду. В настоящее время примерно 70 государств имеют в своем национальном законодательстве положение, что проведение такой оценки является необходимым условием выдачи разрешения на осуществление экспериментальной или опасной промышленной деятельности¹⁷.

¹⁶ См., например, Конвенцию об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 г. (International Legal Materials, vol. 30, 1991. P. 800), Протокол об охране окружающей среды к Договору об Антарктике 1991 г. (<http://www.un.org/russian/document/convents/chroncon1990.htm>), Конвенцию о биологическом разнообразии 1992 г. (International Legal Materials, vol. 31, 1992. P. 1808).

¹⁷ См. Application of Environmental Impact Assessment Principles to Policies, Plans and Programmes. United Nations publication. Sales № E.92.II.E.28.P. 42-43.

В Проекте не оговаривается, из чего должна состоять оценка риска. Также содержание оценки не оговаривается и в большинстве существующих международных договоров. Но есть и исключения, такие как Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте 1991 г.¹⁸, где она подробно излагается. Конкретное содержание оценки должно оговариваться внутренним законодательством государства. Она должна включать в себя оценку воздействия деятельности не только на людей и имущество, но и на окружающую среду в других государствах.

Однако Проект не обязывает государства происхождения требовать оценки риска в отношении любой деятельности. Виды деятельности, сопряженные с риском нанесения значительного трансграничного вреда, имеют некоторые общие особенности, которые можно выявить и которые могут служить определенным указанием, что эти виды подпадают под сферу действия настоящих статей. Например, вид источника энергии, место, в котором осуществляется деятельность, расстояние до государственных границ. Кроме того, существует ряд конвенций с перечислением опасных или вредных веществ, использование которых само по себе может служить указанием на то, что данный вид деятельности сопряжен с риском нанесения значительного трансграничного вреда¹⁹.

Если проведенная государством оценка свидетельствует о том, что планируемая деятельность действительно может вызвать причинение существенного трансграничного вреда, то Проект предусматривает набор процедур, необходимых для согласования интересов всех заинтересованных государств, предоставляя им разумную возможность найти способ осуществления деятельности при одновременной реализации мер по предотвращению или сведению к минимуму трансграничного вреда.

Неотъемлемой частью любой системы предотвращения является требование направления уведомления государством происхождения другим государствам, которые могут быть затронуты планируемой деятельностью. В деле о проливе Корфу Международный Суд определил обязательство по предупреждению как обязательство, которое основывается на «элементарных соображениях человечности»²⁰. Этот

¹⁸ International Legal Materials, vol. 30, 1991. P. 800.

¹⁹ См., например, Конвенцию о защите морской среды района Балтийского моря 1992 г., Конвенцию о защите Средиземного моря от загрязнения 1976 г.

²⁰ <http://212.153.43.18/icjwww/idecisions.htm>.

принцип закреплен в международных договорах и других документах²¹. К уведомлению должна прилагаться имеющаяся техническая информация, на которой основана оценка, что включает в себя не только первичные данные (данные измерений, статистические таблицы и т.д.), но и анализ информации, который использовался самим государством происхождения. Предполагается, что государство происхождения будет непосредственно связываться с другими государствами по дипломатическим каналам, а государства, которые могут быть затронуты, будут должны ответить в течение периода, не превышающего шести месяцев. При этом до окончания этого срока разрешение на деятельность государством происхождения выдаваться не будет.

Непосредственным методом для решения вопроса о предотвращении являются консультации, которые могут проводиться до получения разрешения и начала осуществления каких-либо опасных видов деятельности или во время их осуществления. В данном вопросе очень важно сохранить баланс между интересами государства происхождения (эта деятельность является не запрещенной международным правом и, как правило, важной для его экономического развития) и интересами государств, которые могут быть затронуты (было бы несправедливо осуществлять такую деятельность без принятия соответствующих превентивных мер). Для сохранения равновесия стороны должны начать консультации добросовестно и с учетом законных интересов друг друга. В связи с данным конкретным аспектом добросовестности можно привести в пример решение Международного Суда по делу о юрисдикции в отношении районов рыбного промысла (Соединенное Королевство против Исландии)²². Однако, несмотря на все усилия сторон, они могут и не достичь соглашения относительно приемлемых превентивных мер. И тогда государство происхождения может осуществлять опасные виды деятельности, поскольку отсутствие такой альтернативы фактически порождало бы право вето для государств, которые могут быть затронуты.

Для государств, которые проводят консультации с целью достижения справедливого баланса интересов, Проект предлагает ряд прин-

²¹ См., например, Конвенцию о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г. (<http://www.un.org/russian/document/convents/chroncon1990.htm>), Принципы, касающиеся использования ядерных источников энергии в космическом пространстве, 1992 г. (Договоры и принципы Организации Объединенных Наций, касающиеся космического пространства, ST/SPACE/11, Нью-Йорк, 2002. С. 52).

²² <http://212.153.43.18/icjwww/idecisions.htm>.

ципов, сходных с положениями Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г.²³. В частности, принцип предосторожности, принцип «загрязнитель платит», а также неисчерпывающий перечень факторов и обстоятельств, которые могут быть учтены. Принцип предосторожности представляет собой общую норму осмотрительного поведения. Он означает, что государства должны постоянно рассматривать свои обязательства по предотвращению в свете последних научных разработок. Международный Суд в своем решении по делу о проекте Габчикова-Надьмарош (Словакия против Венгрии)²⁴ предложил сторонам оценить экологические последствия функционирования электростанции с учетом новых требований в области охраны окружающей среды.

Проект статей содержит процедуру запросов и консультаций, которую следует применять в ситуации, когда какому-либо государству, хотя оно и не получило соответствующего уведомления, становится известно, что опасная деятельность осуществляется в другом государстве, и оно разумно полагает, что эта деятельность сопряжена с риском причинения ему значительного вреда. При этом не стоит презюмировать, что государство, осуществляющее подобную деятельность, нарушило положение об уведомлении, содержащееся в других статьях. Оно могло провести оценку вероятности причинения запланированной деятельностью значительного трансграничного вреда и добросовестно заключить, что она не повлечет за собой никаких таких последствий. Разрешается потребовать перепроверки результатов оценки и выводов, но запрашивающее государство должно иметь разумные основания и их документированное объяснение.

В соответствии с общим подходом, применяемым в Проекте, предотвращение или сведение к минимуму риска трансграничного вреда на основе концепции должной осмотрительности – это не разовое мероприятие, достижение этой цели требует непрекращающихся усилий. Должную осмотрительность необходимо проявлять в целях контроля за деятельностью на протяжении всего периода ее осуществления, для чего в Проекте предусматривается обмен соответствующей информацией. Положение об обмене информацией часто встречается в конвенциях, касающихся предотвращения или уменьшения экологического

²³ <http://www.un.org/russian/document/convents/chroncon1990.htm>.

²⁴ <http://212.153.43.18/icjwww/idecisions.htm>.

ущерба²⁵. В них предусматриваются различные способы сбора информации и обмена ею либо непосредственно между государствами, либо через какую-либо международную организацию, которая предоставляет информацию другим государствам.

При этом в настоящем Проекте содержится положение о необходимости информирования не только заинтересованных государств, но и населения, которое может быть затронуто деятельностью. Эта информация включает данные о самой деятельности, а также о характере и масштабах риска и вреда, которые с ней сопряжены.

Но самое главное, в Проекте предусматривается выяснение отношения населения к этой деятельности. Данное положение было включено в Проект под влиянием новых тенденций в области международного права в целом и права окружающей среды, в том числе по вовлечению в процессы принятия решений лиц, чья жизнь, здоровье, имущество и окружающая среда могут быть затронуты такими решениями. Эти положения содержатся в Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию 1992 г.²⁶, Рамочной конвенции ООН об изменении климата 1992 г.²⁷, директивах Европейского совета о свободе доступа к информации об окружающей среде²⁸ и о предотвращении опасности промышленных аварий, связанных с опасными веществами²⁹, и т.д.

Существует множество вариантов участия населения в процессах принятия решений. Одним из путей является изучение данных и информации, на основе которых будут приниматься решения, и использование возможности подтвердить или оспорить достоверность фактов, анализа и политических соображений через суды. Участие населения может способствовать организация собраний общественности или публичных заседаний, о проведении которых объявляется в газетах, по радио и телевидению. Но пока на практике общественность во многих случаях не участвует или участвует лишь в минимальной степени в деятельности по определению рамок политики, планов или программ.

²⁵ См., например: Венскую конвенцию о защите озонового слоя 1987 г. (International Legal Materials, vol. 26, 1987. P. 1529), Конвенцию об охране и использовании трансграничных водотоков и международных озер 1992 г. (International Legal Materials, vol. 31, 1992. P. 1312).

²⁶ Действующее международное право. М., 2002. С. 947.

²⁷ International Legal Materials, vol. 31, 1992. P. 851.

²⁸ Official Journal of the European Communities, Series L, № 158, 23 June 1990. P. 56.

²⁹ Official Journal of the European Communities, Series L, № 10, 14 January 1997. P. 13.

Вместе с тем как предоставление информации заинтересованным государствам, так и масштабы участия населения в проведении оценки могут ограничиваться соображениями конфиденциальности. Государства не обязаны раскрывать информацию, которая имеет жизненно важное значение для их национальной безопасности. Такого рода положение не является необычным в международных договорах, которые требуют обмениваться информацией. Помимо национальной безопасности, это касается промышленных секретов и сведений, охраняемых правами интеллектуальной собственности.

Еще одним принципом настоящего Проекта является принцип недискриминации, согласно которому государство происхождения обязано предоставлять доступ к своим судебным и другим процедурам без какой-либо дискриминации по признаку национальной принадлежности, местонахождения или места, где может быть причинен вред. То есть любое лицо, вне зависимости от его гражданства или местонахождения, которому причинен значительный трансграничный вред в результате опасной деятельности, вне зависимости от места его причинения, должно пользоваться таким же режимом, который предоставляется государством происхождения его собственным гражданам в случае причинения вреда внутри страны. Аналогичное положение содержится в Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков 1997 г.³⁰. Этот принцип не затрагивает существующей практики некоторых государств, которые требуют, чтобы нерезиденты или иностранцы вносили залог в счет оплаты судебных издержек или других расходов.

Государства, осуществляющие деятельность, сопряженную с риском нанесения значительного трансграничного ущерба, должны разрабатывать планы экстренных мер на случай чрезвычайных ситуаций, таких как аварии на атомных реакторах, утечка токсичных химических веществ, разливы нефти и лесные пожары. К таким мерам безопасности могут относиться: 1) принятие стандартов безопасности, касающихся местонахождения и функционирования промышленных предприятий, атомных электростанций и транспортных средств; 2) текущее обслуживание оборудования и установок с целью обеспечения непрерывного соблюдения мер безопасности; 3) мониторинг предприятий, транспортных средств или условий с целью выявления опасности и 4) профессиональная подготовка работников и наблюдение за их

³⁰ <http://www.un.org/russian/document/convents/chroncon1990.htm>.

работой с целью обеспечения соблюдения ими норм безопасности. Планы на случай чрезвычайных ситуаций должны предусматривать создание систем раннего оповещения.

Хотя государства происхождения несут главную ответственность за разработку планов экстренных мер, во многих случаях такие планы целесообразнее составлять в сотрудничестве с другими государствами. А наибольшая эффективность координации мер реагирования будет обеспечена компетентной международной организацией, членами которой являются заинтересованные государства. Кроме того, для разработки планов экстренных мер лучше создавать общие или совместные комиссии в составе представителей государств. Необходимы также национальные контактные пункты для рассмотрения соответствующих вопросов и использования самых современных средств связи, нужных для систем раннего оповещения. Широко известны планы проведения аварийно-спасательных работ при загрязнении морской среды³¹. Разработки таких планов, например, требует Конвенция ООН по морскому праву 1982 г.³², Конвенция об охране природных ресурсов и окружающей среды региона южной части Тихого океана 1987 г.³³.

Если чрезвычайная ситуация все же произошла, государство происхождения безотлагательно и самыми оперативными средствами уведомляет государства, которые могут быть затронуты³⁴.

Проект статей предлагает систему урегулирования споров, которые возникают в связи с толкованием или применением режима предотвращения. Предполагается, что эти положения будут применяться после того, как заинтересованные государства исчерпают все имеющиеся в их распоряжении средства в рамках проведения соответствующих консультаций и переговоров. Если консультации и переговоры не приводят ни к какому соглашению, то заинтересованным государствам настоятельно предлагается продолжать усилия по урегулированию спора при помощи других мирных средств, включая посредничество, примирение, арбитраж или судебную процедуру. Но если в течение

³¹ См. В. В. G. Ramcharan, *The International Law and Practice of Early Warning and Preventive Diplomacy: the Emerging Global Watch*. Kluwer, 1991. P. 143-168.

³² Действующее международное право. М., 2002. С. 846.

³³ *International Legal Materials*, vol. 26, 1987. P. 38.

³⁴ См. также, например, Конвенцию об оперативном оповещении о ядерной аварии 1986 г. (*International Legal Materials*, vol. 25, 1986. P. 1370), Международную конвенцию по обеспечению готовности на случай загрязнения нефтью, борьбе с ним и сотрудничеству 1990 г. (*International Legal Materials*, vol. 30, 1990. P. 735).

шести месяцев стороны не могут достичь соглашения по выбору средства, то создается беспристрастная комиссия по установлению фактов. Это известный метод, закрепленный и в Уставе ООН, и в уставах международных организаций в рамках ООН. Его потенциал признан в Декларации об установлении фактов в области поддержания международного мира и безопасности 1991 г.³⁵.

В силу мандата на расследование фактов и выяснение спорных вопросов такие комиссии обычно компетентны заслушивать стороны, собирать свидетельские показания и выезжать на места. В докладе комиссии должны, как правило, излагаться или разъясняться факты. Если они не требуют анализа или оценки, то эти факты, как правило, больше не оспариваются. Вместе с тем заинтересованные государства могут при разрешении спора придавать им такую значимость, какую они считают необходимой. При этом, однако, Проект требует, чтобы соответствующие государства как минимум добросовестно изучили доклад комиссии.

В 2002 году на пятьдесят четвертой сессии Комиссия возобновила рассмотрение второй части темы «Международная ответственность в случае ущерба от трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности», сохранив того же Специального докладчика. Работа над проектами статей только началась, и пока лишь высказаны мнения относительно их сферы охвата и названы подходы, которым надлежит следовать.

³⁵ <http://www.un.org/russian/documen/declarat/chroncon1990.htm>

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Международно-правовое регулирование использования электронных документов в коммерческом обороте: перспективы унификации

*Карев Я.А.**

...Будущее есть наследие настоящего. Именно в нашем настоящем мы должны очертить границы прочного частноправового регулирования информационных технологий...
Кориен Принс (1995)

Современное развитие вычислительной техники и телекоммуникационных технологий позволяет миллионам людей не только обмениваться информацией, получать необходимые знания из накопленных в рамках информационных систем общего пользования, включая Интернет, информационных ресурсов, но и осуществлять коммерческую деятельность посредством обмена электронными документами. Такую деятельность принято называть электронной коммерцией или электронной торговлей.

Возможность составления документов в электронной форме и их передачи посредством электронной связи предусматривается во многих международных договорах¹. Следует особо отметить, что в после-

* Карев Ян Александрович – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России.

¹ См., например: статью 11 Международной конвенции о морских залогах и ипотечках от 06.05.1993 г. // Справочно-правовая система «Гарант-Максимум» [Электронный ресурс] / НПП Гарант-Сервис; статью 14 Конвенции Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов от 01.03.1978 г. // Закон. 2000. № 6. С. 46-55;

днее время наметилась тенденция более детального регулирования использования электронных документов в международных договорах. Так, в Будапештской конвенции о договоре перевозки грузов по внутренним водным путям 2001 г.² даже раскрывается понятие «письменная форма», которое охватывает передачу информации, содержащейся в транспортном документе, с помощью электронного, оптического или любого другого аналогичного средства связи, включая электронную почту или электронный обмен данными, но не ограничиваясь ими, при условии, что эта информация доступна для последующего использования ее в качестве исходной. Вместе с тем по-прежнему отсутствуют многосторонние международные договоры, непосредственно регламентирующие особенности использования электронных средств в договорных отношениях.

Важную роль в унификации правового регулирования электронной торговли³ играют международные организации. Наибольший вклад в данной области был сделан Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). В рамках этой международной межправительственной организации были приняты два типовых закона: Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г. (далее – Типовой закон об электронной торговле) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях 2001 г. (далее – Типовой закон об электронных подписях)⁴. Организацией Объединенных

статью 5 Конвенции Организации Объединенных Наций о международных смешанных перевозках грузов от 24.05.1980 г. // Сборник «Конференция ООН по Конвенции о международных смешанных перевозках. Нью-Йорк, 1981. Т. 1. С. 13-28; статью 4 Конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок от 28.05.1999 г. // Справочно-правовая система «Гарант-Максимум» [Электронный ресурс] / НПП Гарант-Сервис.

² Будапештская конвенция о договоре перевозки грузов по внутренним водным путям (КПГВ) от 22.06.2001 г. // Справочно-правовая система «Гарант-Максимум» [Электронный ресурс] / НПП Гарант-Сервис.

³ В контексте настоящей статьи под термином «электронная торговля» понимается предпринимательская и иная не запрещенная законом деятельность в области обмена товарами, информацией, работами, услугами, результатами интеллектуальной деятельности, в том числе исключительными правами на них (интеллектуальная собственность), осуществляемая посредством заключения и (или) исполнения сделок в электронной форме.

⁴ Типовой закон Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) об электронных подписях 2001 г.: рекомендован резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 56/80 от 12.12.2001 г. // Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее 34 сессии 25 июня – 13 июля 2001 года. A/56/17. Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк, 2001. С. 47-65.

Наций рекомендовано государствам исходить при принятии национальных законов, регулирующих вопросы электронной торговли и использования электронных подписей, из положений, закрепленных в данных документах.

Несмотря на то, что положения типовых законов ЮНСИТРАЛ до момента их имплементации в национальное законодательство не являются обязательными для исполнения на территории соответствующего государства, их разработка стимулирует сближение и гармонизацию правовых норм различных государств, в частности способствует появлению единообразных правил совершения и признания юридической силы электронных сделок. Большое значение типовых законов ЮНСИТРАЛ было признано Организацией европейского сотрудничества и развития. На Конференции Министров, проходившей с 7 по 9 октября 1998 г. в Оттаве (Канада), государства – участники этой международной межправительственной организации выразили намерение развивать и совершенствовать свое национальное законодательство в области электронной торговли, принимая при этом во внимание положения Типового закона об электронной торговле⁵.

В сравнении с международными договорами у типовых законов есть ряд преимуществ и недостатков. При включении типовых положений в свою правовую систему национальный законодатель может изменить или исключить некоторые из этих положений. Возможность внесения изменений и оговорок в текст международного договора является намного более ограниченной. В частности, в международных договорах оговорки либо полностью запрещаются, либо допускаются лишь в конкретных случаях. Использование данного преимущества типовых актов особенно желательно в тех случаях, когда вероятность того, что национальный законодатель решит внести ряд изменений в свод единообразных правил, прежде чем он будет согласен принять его в качестве национального правового акта, является очень высокой. Например, когда данный свод правил непосредственным образом затрагивает национальные нормы процессуального права. Однако это также означает, что степень унификации, достигаемая типовыми законами, и определенность правового регулирования будут ниже, чем в случае принятия международного договора. Вместе с тем число государств, имплементирующих посредством национальных правовых актов положения типовых законов, будет, по всей вероятности, больше, чем

⁵ См.: Doing E-commerce in Europe. Backer & McKenzie. 2001. P. 32.

число государств, присоединяющихся к международному договору.

Наиболее известным документом ЮНСИТРАЛ в анализируемой области является Типовой закон об электронной торговле. Его подготовка в начале 90-х годов была обусловлена расширением применения при заключении и исполнении торговых сделок современных средств связи, таких как электронная почта и электронный обмен данными. Принимая решение о разработке типового законодательства об электронной торговле, ЮНСИТРАЛ исходила из того, что в ряде стран действующее законодательство, регулирующее вопросы передачи и хранения документов, оказывается неспособным регулировать отношения в сфере электронной торговли⁶. В некоторых государствах национальное законодательство по-прежнему прямо или косвенно ограничивает применение современных средств связи, требуя, например, использования «письменных», «подписанных» или «подлинных» документов⁷.

В отношении концепции «письменных», «подписанных» или «подлинных» документов в Типовом законе об электронной торговле ЮНСИТРАЛ реализован «функционально-эквивалентный подход», основывающийся «на анализе целей и функций традиционного требования к составлению документов на бумаге, с тем, чтобы установить, как эти цели или функции могут быть достигнуты или выполнены с помощью методов электронной торговли»⁸.

Основная цель Типового закона об электронной торговле заключается в предоставлении национальным законодателям свода международных признанных норм, которые устанавливают возможный порядок устранения некоторых юридических препятствий, возникающих при применении электронных средств в договорных отношениях⁹. Согласно позиции ЮНСИТРАЛ, имплементация положений данного Типового закона государствами в свое национальное законодательство может быть полезной в качестве средства толкования действующих международных договоров, создающих в настоящее время юридичес-

⁶ См. пункт 8 Руководства по принятию Типового закона об электронных подписях // ЮНСИТРАЛ. Типовой закон об электронных подписях и Руководство по принятию, 2001 г. Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк, 2001. С. 97.

⁷ См.: Там же.

⁸ См.: Там же.

⁹ См. пункт 2 Руководства по принятию Типового закона об электронной торговле // ЮНСИТРАЛ. Типовой закон об электронной торговле и Руководство по принятию, 1996 г. Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк, 1997. С. 73.

кие препятствия для развития электронной торговли¹⁰. К указанным препятствиям, например, относится установление требования об обязательном письменном оформлении и подписании некоторых документов.

Типовой закон об электронной торговле следует рассматривать как сбалансированный автономный свод норм, которые рекомендуется принять на национальном уровне в форме единого законодательного акта либо в виде отдельных нормоустанавливающих положений¹¹. Анализируемый акт не преследует цели урегулировать все аспекты электронной торговли, в связи с чем государства, включающие его положения в свои правовые системы, могут принять подзаконные акты, с тем чтобы подробно регламентировать затрагиваемые Типовым законом отношения и учесть конкретные обстоятельства без ущерба для целей Типового закона¹².

Типовой закон об электронной торговле основан на концепции «нейтральных с точки зрения носителя информации условий», согласно которой не должно проводиться различия между информацией, изложенной на бумаге, и данными, фиксируемыми, передаваемыми или хранимыми электронным способом¹³. Положения Типового закона об электронных подписях также отражают принцип, в соответствии с которым не следует отдавать предпочтения каким-либо конкретным электронным способам фиксации, передачи и хранения информации при оценке их надежности¹⁴.

Новый Типовой закон был призван обеспечить дополнительную определенность в отношении юридической силы сообщений данных посредством регулирования сферы применения электронных подписей, не ограничивая при этом использования гибкого подхода к оценке надежности электронных подписей, закрепленного в статье 7 Типового закона об электронной торговле¹⁵.

Несмотря на то, что современные технологии позволяют создавать, хранить и обмениваться электронными документами с необычайной легкостью и быстротой, их применение в договорных отношениях является затруднительным. Для реализации экономического потенциала электронной торговли необходимо создать общепризнанные стандар-

¹⁰ См. пункт 5 Руководства по принятию Типового закона об электронной торговле.

¹¹ См. пункт 10 Руководства по принятию Типового закона об электронной торговле.

¹² См. пункт 13 Руководства по принятию Типового закона об электронной торговле.

¹³ См. пункт 24 Руководства по принятию Типового закона об электронной торговле.

¹⁴ См., например, статью 3 Типового закона об электронных подписях.

¹⁵ См. пункт 28 Руководства по принятию Типового закона об электронных подписях.

ты и процедуры, которые могли бы использоваться торговыми партнерами при заключении соглашений об обмене электронными документами. Эффективного обмена коммерческими данными между контрагентами можно достигнуть лишь в том случае, если будут выработаны общие языки программирования и протоколы обмена данными, используемые для представления информации аббревиатурами, кодами и т.д.

Если не установить общепризнанный стандарт, предпринимателям придется самостоятельно согласовывать соответствующие вопросы в двухсторонних договорах. Учитывая большое количество торговых партнеров, намеревающихся использовать электронные средства для международного обмена коммерческой информацией, и постоянно увеличивающееся число потенциальных потребителей Интернет-услуг, становится очевидным, что заключение двухсторонних соглашений об обмене электронными документами не даст требуемого эффекта.

С целью выработки общепризнанного технического стандарта в области международного обмена коммерческой информацией в 1972 г. Рабочая группа по упрощению и стандартизации внешнеторговых документов, созданная в 1960 г. Европейской экономической комиссией Организации Объединенных Наций (ЕЭК ООН), была преобразована в Рабочую группу по облегчению международных торговых процедур (далее – Рабочая группа), которая является сегодня вспомогательным органом Комитета ЕЭК ООН по развитию торговли. В состав Рабочей группы входят представители правительственных делегаций и международных организаций, имеющих консультативный статус при ООН. Одна из ее функций заключается в выработке рекомендаций, касающихся элементов данных и их структуры, а также стандартов структуризации информации.

Первый свод правил, подготовленный Рабочей группой, был опубликован в 1981 г. в форме Руководства по обмену торговыми данными¹⁶, предложившего его потенциальным пользователям основу для развития их систем обмена электронными сообщениями. Следующий этап на пути к созданию универсального свода правил по обмену торговыми данными был ознаменован объединением усилий экспертов в области электронного обмена данными из Северной Америки и Европы, сформировавших совместную *ad hoc* группу, которая была упол-

¹⁶ См.: Guidelines for Trade Data Interchange (GTDI) // United Nations Economic Commission for Europe [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.unecce.org>. Загл. с экрана.

номочена Рабочей группой на осуществление деятельности, направленной на объединение Руководства по обмену торговыми данными и принятых в США стандартов по электронному обмену коммерческими данными. Рекомендации этой ad hoc группы были одобрены на заседании Рабочей группы, состоявшемся в сентябре 1986 г. Результатом проделанной работы стало создание в 1990 г. Правил ООН по электронному обмену данными в области управления, торговли и транспорта (далее – ЭДИФАКТ)¹⁷.

ЭДИФАКТ одобрен ЕЭК ООН и опубликован в четвертой части Справочника ООН по обмену торговыми данными¹⁸. Данный свод правил включает в себя набор признанных на международном уровне стандартов по электронному обмену структурированной информацией и руководств по их применению, в частности относящихся к торговле товарами и услугами с использованием информационных систем. Помимо ЭДИФАКТ Справочник ООН по обмену торговыми данными содержит Унифицированные правила ведения обмена торговыми данными посредством телетрансмиссии¹⁹, разработанные Международной торговой палатой (МТП) совместно с Рабочей группой, ЮНСИТРАЛ и рядом других международных организаций в 1987 г.

В унифицированных правилах ведения обмена торговыми данными посредством телетрансмиссии прямо закрепляется, что в случае принятия торговыми партнерами решения об использовании их положений в своем соглашении эти положения следует инкорпорировать в содержание соглашения без внесения в них каких-либо изменений. Данный недостаток упомянутого документа привел к появлению целого ряда типовых соглашений об электронном обмене данными, разработанных различными национальными общественными организациями и правительствами²⁰. Создававшиеся на основе различных

¹⁷ См.: United Nations rules for Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport (UN/EDIFACT) / United Nations Trade Data Interchange Directory (UNTDID): Part 4 // United Nations Economic Commission for Europe [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.unece.org> Загл. с экрана.

¹⁸ См.: United Nations Trade Data Interchange Directory (UNTDID) // United Nations Economic Commission for Europe [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.unece.org> Загл. с экрана.

¹⁹ См.: Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission (UNCID) / United Nations Trade Data Interchange Directory (UNTDID): Part 2 // United Nations Economic Commission for Europe [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.unece.org> Загл. с экрана.

²⁰ См.: Blechschmidt R. The German Basic Electronic Data Interchange Agreement Versus

правовых систем и традиций эти типовые соглашения содержали различные подходы к правовому регулированию использования электронных средств при осуществлении электронной торговли. Положения таких типовых соглашений удовлетворяли требованиям соответствующего национального законодательства, но не учитывали особенностей ведения международной электронной торговли.

Первой попыткой исправить сложившуюся ситуацию стало создание в 1994 г. Европейского типового соглашения об электронном обмене данными (далее – Европейское типовое соглашение об ЭДИ). Предложенное Европейской Комиссией, данное типовое соглашение включает договорные условия, которыми должны руководствоваться стороны при заключении и исполнении сделок, совершаемых посредством электронного обмена данными. Согласно пункту 3 статьи 1 Европейского типового соглашения об ЭДИ данное соглашение не регулирует отношения по основному обязательству сторон, если иное не будет прямо предусмотрено в соглашении.

Как показала последующая практика, попытка унификации Европейской Комиссией договорных положений, регламентирующих порядок обмена электронными сообщениями, не увенчалась успехом даже на уровне Европейского сообщества. Типовые соглашения, принятые отдельными членами ЕС, отличаются друг от друга в подходах к регулированию аналогичных отношений, а зачастую даже содержат положения, которые касаются тех или иных аспектов, оставленных без внимания при разработке Европейского типового соглашения об ЭДИ. Так, Основное ЭДИ – соглашение Германии²¹ регламентирует вопросы определения рабочего времени, в течение которого стороны несут ответственность за принятие адресованных им ЭДИ-сообщений (статья 6), а также распределения затрат на использование электронных средств связи (статья 7).

Другой попыткой создать свод договорных правил по осуществлению электронного обмена данными стало принятие Рабочей группой по облегчению международных торговых процедур ЕЭК ООН в марте 1995 г. Рекомендации № 26 по коммерческому использованию согла-

the European Model EDI Agreement: Some Reflections on German Law // The EDI Law Review. 1996. Vol. 3. № 2. P. 107.

²¹ Federal Republic of Germany, Basic Electronic Data Interchange (EDI) Agreement // The EDI Law Review. 1996. Vol. 3. № 1. P. 53-62.

шений об электронном обмене данными (далее – Рекомендация)²². Данным документом предпринимателям было рекомендовано применять при осуществлении международной торговой деятельности Типовое соглашение о международном коммерческом использовании электронного обмена данными (далее – Международное типовое соглашение об ЭДИ), содержащееся в приложении к Рекомендации. В соответствии с пунктом 4 Рекомендации Международное типовое соглашение об ЭДИ инкорпорировано в третью часть Справочника ООН по обмену торговыми данными.

Основное отличие Международного типового соглашения об ЭДИ от Унифицированных правил ведения обмена торговыми данными посредством телетрансмиссии состоит в наличии у договаривающихся сторон права изменять условия типового соглашения по своему усмотрению. Как отмечено в Рекомендации, Международное типовое соглашение об ЭДИ создавалось для регулирования двухсторонних отношений, однако при внесении необходимых изменений оно может успешно применяться для регламентации многосторонних отношений в рамках торгового сообщества или ассоциации. Данное типовое соглашение предназначено специально для использования в международной торговле. При его разработке учитывались особенности различных правовых систем. Кроме того, положения Международного типового соглашения об ЭДИ являются весьма гибкими, что позволяет руководствоваться ими в различных видах международной экономической деятельности.

Международное типовое соглашение об ЭДИ послужило основой при выработке многих соглашений между торговыми партнерами различных стран, однако его сфера действия ограничивалась лишь электронным обменом данными и не включала в себя регулирование совершения международных торговых сделок посредством использования Интернет-сайтов, электронной почты и других современных электронных средств обмена коммерческой информацией. С целью исправить данное упущение в марте 2000 г. Центром ООН по содействию развитию торговли и электронному бизнесу (далее – СЕФАКТ) была принята Рекомендация № 31²³, содержащая Соглашение об электронной торговле и краткое руководство по его применению в международной торговле.

²² Recommendation № 26: Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic Data Interchange adopted by the Working Party on Facilitation of International Trade Procedures, Geneva, March 1995 // United Nations Economic Commission for Europe [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.unece.org> Загл. с экрана.

Отличие Соглашения об электронной торговле от анализировавшихся сводов типовых правил заключается в том, что в некоторых случаях оно предлагает торговым партнерам несколько вариантов формулировок договорных условий. При этом выбор того или иного варианта должен зависеть от согласованных между сторонами видов средств обмена электронными сообщениями. Соглашение об электронной торговле состоит из двух частей: Оферты, в которой содержатся правила поведения сторон, и ее Акцепта. После обмена этими электронными документами при последующем совершении коммерческих сделок торговые партнеры должны будут включать в соответствующие электронные сообщения ссылку на действующее для них соглашение об электронной торговле.

Бурное развитие коммуникационных технологий было учтено Международной торговой палатой (МТП) при разработке последней редакции Международных правил толкования торговых терминов – ИНКОТЕРМС 2000²⁴. В соответствии с данным сборником торговых обыкновений допускается возможность использования торговыми партнерами в своих договорных отношениях электронных сообщений, эквивалентных некоторым документам, в частности счету-фактуре, транспортным документам, документам, являющимся доказательствами поставки.

В 1991 г. Рабочей группой МТП по правовым вопросам электронной коммерции был инициирован проект под названием ЕТЕРМС (ETERMS). Основная цель данного проекта заключается в установлении правил торговли, которые основаны на нормах международного права и сложившейся практике осуществления электронной торговли и могут применяться к отношениям предпринимателей, не имеющих между собой устоявшихся торговых связей и ведущих бизнес с использованием открытых информационных систем. Предполагается, что данный свод правил будет опубликован на сайте в Интернет, обязанность по поддержанию которого будет возложена на МТП²⁵. Успеш-

²³ Recommendation № 31: Electronic Commerce Agreement adopted by the United Nations Center for Trade Facilitation and Electronic Business (UN/CEFACT), Geneva, May 2000 / / United Nations Economic Commission for Europe [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.unece.org> Загл. с экрана.

²⁴ См.: Плотников А.Ю. Инкотермс-2000. Содержание, практика применения, комментарии. М., 2001. С. 152.

²⁵ См.: Mitrakas A. The Proposed ETERMS Repository of the International Chamber of Commerce // The EDI Law Review. 1997. Vol. 3. № 4. P. 254.

ная реализация проекта требует, чтобы ответственность МТП за содержащуюся на этом сайте информацию была ограничена на случай, если по не зависящим от нее причинам произойдет технический сбой в работе сервера МТП и доступ к ЕТЕРМС на определенное время станет невозможен. Именно поэтому необходимо будет также использовать альтернативные средства опубликования, например компакт-диски и бумажные справочники, которыми можно будет пользоваться в период вынужденного отключения сервера МТП.

На упомянутом сайте планируется создать «репозиторий» (т.е. базу данных), содержащий соответствующие договорные условия и связанную с ними информацию, а также их уникальные идентификационные номера, полные названия и термины, предназначенные для их краткого обозначения²⁶. Уникальные идентификационные номера могут использоваться для включения в соглашения предпринимателей об обмене электронными данными, а также в сертификаты электронных подписей ссылок на договорные условия, включенные в ЕТЕРМС. Таким образом, по своей функциональности ЕТЕРМС сравним с ИНКОТЕРМС.

Включение предусмотренных в ЕТЕРМС условий в соглашения предпринимателей создаст новые возможности для дальнейшего усовершенствования широко применимых в международной торговой практике форматов стандартных ЭДИ-сообщений и позволит уменьшить размер этих сообщений, что, в свою очередь, сократит время их автоматической обработки. Предполагается, что особый интерес данный свод правил будет представлять для малых и средних предпринимателей, не располагающих собственными специалистами по правовым и техническим вопросам ведения электронной торговли²⁷. Следует, однако, отметить, что проект ЕТЕРМС пока не достиг своего завершения.

Несмотря на широкое признание договорного способа регулирования заключения электронных сделок, многие как зарубежные²⁸, так и российские²⁹ авторы отмечают его недостатки. Один из них заключа-

²⁶ См.: Там же. Р. 256.

²⁷ См.: Попов В.М., Маршавин Р.А., Ляпунов С.И. Глобальный бизнес и информационные технологии. Современная практика и рекомендации / Под ред. В.М. Попова. М., 2001. С. 107.

²⁸ См., например: Prius C. Towards a European Civil Code: Some Thoughts on Law and Paperless Communication in a New Millenium // The EDI Law Review. 1995. Vol. 2. № 1. P. 64.

²⁹ См., например: Попов В.М., Маршавин Р.А., Ляпунов С.И. Указ. соч. С. 154-155; Маньшин С.В. Принципы регулирования электронных сделок (мировой и отечествен-

ется в том, что в упоминавшихся типовых соглашениях об электронном обмене данными ряд положений противоречит общим принципам национального права некоторых государств³⁰. Кроме того, в законодательстве ряда стран, включая Россию, предусматривается право сторон по договору оспорить законность передачи тех или иных сообщений на том основании, что в данном случае требуется составление документов, заверяемых подписями сторон³¹. Другой недостаток договорного регулирования связан с нередким включением сторонами в соглашения об использовании электронных средств при заключении и исполнении торговых сделок положений, содержащих неформализованные процедуры заключения электронных сделок, юридическая сила которых в случае судебного разбирательства не является очевидной³². Н.И. Соловяненко считает, что договорной подход к электронному способу заключения сделок является ограниченным, так как он не в состоянии преодолеть правовые препятствия, которые могут возникать в силу общеобязательных положений национального закона или судебного прецедента³³. Следует также согласиться с мнением Н.И. Соловяненко о том, что стороны соглашения об электронном способе заключения сделок не могут закреплять права, обязанности и ответственность информационных посредников, которые, не будучи сторонами электронных сделок, тем не менее являются участниками электронной коммерции³⁴.

В последние годы широкое распространение получило заключение сделок посредством открытых информационных систем. Осознавая ограниченность договорного подхода, одновременную неспособность национального законодательства регулировать отношения в сфере открытых информационных систем, носящие трансграничный характер, а также существующие различия и несовершенство национальных правовых режимов, ограничивающих способность торговых партнеров получать доступ на международный рынок, представители право-

ный опыт) // Ученые записки. Серия: Государство и право. 2000. Вып. 5. С. 113-114; Вершинин А.П. Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде. М., 2000. С. 27.

³⁰ См. об этом: Prins C. Towards a European Civil Code: Some Thoughts on Law and Paperless Communication in a New Millenium // The EDI Law Review. 1995. Vol. 2. № 1. P. 64.

³¹ См.: Попов В.М., Маршавин Р.А., Ляпунов С.И. Указ. соч. С. 154.

³² См.: Вершинин А.П. Указ. соч. С. 27.

³³ См.: Соловяненко Н.И. Компьютерные сделки и электронный оборот юридических документов // Компьюномика. 1998. № 5. С. 16.

³⁴ Там же.

вой доктрины предлагали различные пути решения проблемы правового регулирования электронной торговли.

Значительную поддержку в Интернет-сообществе получило движение за самоуправление³⁵. Как верно отметил А.А. Тедеев, сторонники таких суждений «не учитывают то обстоятельство, что цивилизованный рынок, способный на саморегулирование, необходимо еще организовать»³⁶. Предпринимались даже попытки разрешить эту дилемму путем объявления открытых информационных систем «киберпространством» – четвертым интернациональным пространством наряду с Антарктикой, космосом и открытым морем³⁷. Однако наиболее широкое признание в правовой доктрине получила идея международно-правовой унификации электронной торговли³⁸.

Еще в 1998-1999 гг. экспертами Нью-Йоркской правительственной рабочей группы по электронной торговле (США) было разработано несколько проектов международных конвенций по электронным сделкам³⁹, один из которых был вынесен на обсуждение в Рабочей группе IV (Электронная торговля) ЮНСИТРАЛ. На 39-й сессии данной Рабочей группы, проходившей в марте 2002 года, Секретариатом ЮНСИТРАЛ был представлен первоначальный Проект конвенции о международных договорах, заключенных или подтвержденных с помощью сообщений данных (далее – Проект Конвенции). В ходе выработки положений Проекта конвенции его название несколько раз менялось.

В соответствии с положениями Проекта конвенции сферой его регулирования является использование электронных сообщений в связи с заключением и исполнением договоров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах. При этом предполагается, что действие будущей конвенции не будет рас-

³⁵ См., например: J.P. Barlow. A Declaration of the Independence of Cyberspace of 8 February 1996 // Electronic Frontier Foundation [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.eff.org> Загл. с экрана.

³⁶ См.: Тедеев А.А. Электронная коммерция (электронная экономическая деятельность): Правовое регулирование. М., 2002. С. 68.

³⁷ См., например: Menthe D. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces // The Michigan Telecommunications and Technology Law Review. 1998. Vol. 3. P. 32-41.

³⁸ См., например: Prins C. Towards a European Civil Code: Some Thoughts on Law and Paperless Communication in a New Millenium // The EDI Law Review. 1995. Vol. 2. № 1. P. 63; Тедеев А.А. Указ. соч. С. 73; Васильев С.В. Правовое регулирование электронной торговли / Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Выпуск четвертый. / Под ред. М.И. Брагинского. М., 2002. С. 307-308. ✓

³⁹ См.: Тедеев А.А. Указ. соч. С. 73.

пространяться на договоры с потребителями, а также на ряд договоров, при заключении и исполнении которых действуют хорошо разработанные правила. В число таких исключений, в частности, вошли расчетные отношения, сделки с оборотными товарораспорядительными документами и производными финансовыми инструментами, операции с иностранной валютой, акциями и облигациями.

Понятийный аппарат Проекта конвенции основан на терминах и их определениях, закрепленных в Типовом законе об электронной торговле. Основные положения разрабатываемого документа касаются вопросов определения местонахождения сторон коммерческих сделок, времени и места отправления и получения сообщений данных, признания действительности электронных сообщений, особенностей заключения договоров с использованием сообщений данных, а также требований в отношении формы договоров и сообщений данных.

Приведенный обзор международных правовых актов и инициатив международных организаций показывает, что с 1972 г. по настоящее время большое внимание в международном праве уделяется проблеме правового регулирования использования электронных документов в договорных отношениях. В Российской Федерации использование электронных документов в торговых отношениях урегулировано законодателем лишь в общих чертах. Детальная же правовая регламентация касается только некоторых аспектов осуществления электронной торговли. Вместе с тем правила применения в экономической деятельности электронных документов нужны в России уже сейчас, и их отсутствие – проблема не завтрашнего, а сегодняшнего дня.

С нашей точки зрения, при создании в Российской Федерации действенного законодательства в области использования электронных документов в экономических целях целесообразно учитывать богатый опыт международно-правового регулирования в данной сфере, зарекомендовавшего себя в международной коммерческой практике. При этом также не следует забывать о специфике российской правовой системы и руководствоваться при разработке новых правовых норм положениями действующего отечественного законодательства.

**ИЗБРАННЫЕ ДЕЛА МЕЖДУНАРОДНОЙ
ЧАСТНО-ПРАВОВОЙ ПРАКТИКИ
КОЛЛЕГИИ АДВОКАТОВ
«МОНАСТЫРСКИЙ, ЗЮБА, СТЕПАНОВ
& ПАРТНЕРЫ»**

**Проблемы внесудебного урегулирования
судебных споров**

*Александров А.Ю.**

В практике нередки случаи, когда традиционные способы урегулирования судебных споров не могут быть использованы по тем или иным причинам и возникает необходимость поиска новых решений и подходов.

Настоящая статья имеет своей целью лишь поставить на обсуждение ряд правовых вопросов, которые могут возникнуть при сопровождении переговоров по окончательному разрешению конфликта, характеризующегося большим количеством различных по своей природе и характеру судебных дел, и не претендует на полное и всестороннее освещение рассматриваемой проблематики. Основу данной статьи составляют вопросы практического и правового характера, возникшие при разрешении конфликта между тремя российскими юридическими лицами. Этот конфликт имел продолжительную историю, а судебные споры, возникшие в рамках него, характеризовались своей многочисленностью и разнообразием. В производстве различных инстанций на момент принятия сторонами решения об окончательном урегулировании всех споров находилось около двух десятков различных дел. Данные дела были связаны как с обязательственными отношениями сторон, берущими свое начало в конце девяностых годов прошлого века, так и с отношениями, обусловленным владением одним из обществ акциями другого.

* Александров Антон Юрьевич – юрист коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнёры».

В сложившейся ситуации задачей юристов, привлеченных к урегулированию, было окончательное прекращение всех текущих судебных споров между обществами, а также оформление передачи права собственности на различное движимое и недвижимое имущество. При этом прекращение споров и передача права собственности являлись взаимозависимыми условиями урегулирования. В упрощенном виде условиями урегулирования были, с одной стороны, обязательство двух из трех обществ (назовем их Компания А и Компания Б) прекратить судебные производства против третьего общества (Компания В) и уплатить определенную денежную сумму за прекращение судебных производств, инициированных Компанией В против данных двух компаний, а также передать Компании В право собственности на недвижимое имущество, а с другой стороны, обязательство Компании В прекратить все судебные производства и передать Компании Б право собственности на акции Компании А. Более того, существенным условием урегулирования должен был быть взаимный отказ сторон от предъявления исков в будущем по основаниям, возникшим до или на момент урегулирования взаимоотношений.

I. Мировое соглашение

Стандартная примирительная процедура, предусмотренная Главой 15 Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее – «АПК РФ») и предусматривающая подписание мирового соглашения, в данном конфликте не удовлетворяла интересам сторон по следующим причинам.

Во-первых, по каждому из множества дел требовалось бы заключение отдельного мирового соглашения, что делало невозможным увязку прекращения одного судебного производства с другими, а также с иными обязательствами договаривающихся сторон. Более того, сумма урегулирования, о которой договорились стороны, превышала совокупный размер требований по различным искам, что также являлось препятствием для заключения мировых соглашений.

Во-вторых, согласно части 4 статьи 139 АПК РФ мировое соглашение подлежит утверждению арбитражным судом, что вводило некоторую неопределенность в отношения сторон, которые стремились прекратить все судебные споры. Неутверждение арбитражным судом хотя бы одного из мировых соглашений поставило бы под угрозу урегулирование в целом.

В-третьих, согласно части 5 статьи 141 АПК РФ арбитражный суд по результатам рассмотрения вопроса об утверждении мирового соглашения выносит определение, которое может быть обжаловано третьими лицами, полагающими, что их права и законные интересы нарушаются данным соглашением.

По совокупности вышеперечисленных недостатков и рисков, связанных с заключением мирового соглашения, данная правовая конструкция вряд ли может быть сколько-нибудь приемлемой для сторон, пытающихся окончательно разрешить затянувшиеся многочисленные споры и разногласия.

II. Отказ от иска

С практической точки зрения простой отказ от иска с последующим прекращением судебного производства в связи с таким отказом в данном случае представляется гораздо более эффективным и удобным способом прекращения споров. Однако при использовании такого механизма урегулирование будет предполагать, что стороны берут на себя договорное обязательство подать в соответствующие инстанции арбитражного суда надлежащим образом оформленные отказы от исков. Также, как указано выше, стороны конфликта могут быть заинтересованы в том, чтобы обезопасить себя от исков и в будущем, обязав противную сторону не подавать иски по основаниям, возникшим до или на момент подписания соглашения, оформляющего процесс урегулирования во всех его аспектах. Таким образом, в данном случае речь идет о договорном ограничении процессуальной правоспособности сторон, а также о распоряжении ими своими процессуальными правами. В связи с этим ключевым вопросом становится законность, а следовательно, и исполнимость по российскому праву обязательства отказаться от иска и не подавать аналогичные иски по иным основаниям в будущем.

Под процессуальной правоспособностью понимается способность иметь процессуальные права и нести процессуальные обязанности (часть 1 статьи 43 АПК РФ). При этом процессуальная правоспособность признается в равной мере за всеми организациями и гражданами, обладающими согласно федеральному закону правом на судебную защиту своих прав и законных интересов. Способность своими действиями осуществлять процессуальные права и исполнять процессу-

альные обязанности является признаком процессуальной дееспособности (часть 2 статьи 43 АПК РФ).

Как указывается в комментарии к АПК РФ «процессуальную правоспособность следует отличать от гражданской правоспособности (ст. 17, 49 ГК), которая является институтом материального права. В отличие от гражданской правоспособности, ограничение которой допускается на основании федерального закона (п. 1 ст. 22, п. 2 ст. 49 ГК), процессуальная правоспособность не может быть ограничена в принципе, что гарантируется, в частности, специальным правилом о недействительности отказа от права на обращение в арбитражный суд»¹.

Важнейшее и основополагающее процессуальное право закреплено в части 1 статьи 4 АПК РФ, согласно которой заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных прав и законных интересов. Положения данной статьи являются по своей сути закреплением принципа доступности судебной защиты прав и законных интересов, сформулированного в статьях 46 и 48 Конституции РФ. При этом, на что уже было обращено внимание в вышеуказанном комментарии, отказ от права на обращение в суд недействителен. Как отмечается в юридической литературе, «не имеет значения, каким образом был сделан такой отказ: в общей форме или для какой-то категории дел либо в отношении споров, возникших или могущих возникнуть из конкретного договора»². В одном из комментариев к АПК РФ содержится важная для нас оговорка, что «в ч. 3 данной статьи [ст. 4 АПК РФ] речь идет о вынужденном отказе от обращения к арбитражному суду. Если заинтересованное лицо по каким-либо причинам не обращается к суду без какого-либо принуждения, то это не расценивается как отказ от права на обращение в суд»³.

Другое процессуальное право закреплено в части 2 статьи 49 АПК РФ, согласно которой истец вправе при рассмотрении дела в арбитражном суде любой инстанции до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела в суде соответствующей инстанции, отказаться от иска полностью или частично. Надо полагать, что истец

¹ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. проф. В.В. Яркова – М.: Издательство БЕК, 2003. С. 100

² Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. проф. В.Ф. Яковлева и проф. М.К. Юкова. Издание 2-е, дополненное и переработанное. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ. 1997. С. 10

³ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. проф. В.В. Яркова... С. 9

может делать соответствующие заявления об отказе от иска также исключительно на добровольной основе, и при этом не может превратить свое право на отказ от иска в договорное обязательство произвести необходимые действия по отказу от иска.

Такое обязательство, как и в отношении отказа от обращения в суд, будет ничтожным в силу того, что оно в договорном порядке ограничивает процессуальную правоспособность стороны, которая вправе как отказаться от заявленных исковых требований, так и не делать этого.

Учитывая все вышеизложенное, соглашение сторон, предусматривающее взаимные обязательства сторон по отказу от заявленных исковых требований и от обращения в арбитражный суд в будущем, не может отвечать интересам сторон, желающих заключить законное и исполнимое по российскому праву соглашение.

III. Новация

Тем не менее, использование ряда правовых механизмов в соглашении об урегулировании может позволить нивелировать риски, связанные с неисполнением обязательств по отказу от иска и отказу от обращения в суд с аналогичными исками, но по иным основаниям, а также риски, связанные с признанием данных обязательств недействительными по причине их несоответствия требованиям законодательства РФ.

Как было указано в начале настоящей статьи, между компаниями на момент принятия решения об урегулировании существовали определенные обязательства, в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением которых велись судебные разбирательства в различных инстанциях арбитражного суда. В соответствии с частью 1 статьи 125 АПК РФ в исковом заявлении должны быть указаны обстоятельства, на которых основаны исковые требования, то есть основание иска. Под основанием иска обычно понимаются те фактические обстоятельства, на которые лицо ссылается в обоснование своих требований. В юридической литературе указывается следующее: «Основание иска составляют указываемые истцом обстоятельства, с которыми истец, как с юридическими фактами, связывает свое материально-правовое требование..., составляющее предмет иска. Так, основанием иска могут служить сделки, в частности договоры, факты нарушения прав, факты, служащие основанием наследования, факты причинения вреда, наступление срока, условия, и т.д.»⁴.

Таким образом, исчезновение основания для иска должно влечь и отказ в удовлетворении иска. В связи с этим в соглашении об урегулировании может быть предусмотрено, что стороны прекращают первоначальное обязательство, существовавшее между ними, и заменяют его другим обязательством между теми же лицами, предусматривающего иной предмет или способ исполнения, то есть производят новацию обязательств, послуживших основанием для исков. Поскольку новация фактически разрушает основание иска, в соглашении может быть указано, что как следствие прекращения обязательств путем новации стороны обязуются подать соответствующие отказы от исков в надлежащую судебную инстанцию. Также прекращение не только тех обязательств сторон, которые послужили основанием для судебных разбирательств, но и иных обязательств путем новации, также является достаточно действенным средством, препятствующим заявлению исков в будущем по основаниям, возникшим до или в момент вступления в силу соглашения об урегулировании, которым новируются ранее существовавшие обязательства.

Из этого следует, что введение в структуру соглашения положений, которыми преобразуются обязательства сторон, является достаточно эффективным и действенным механизмом, позволяющим обойти необходимость заключения большого количества мировых соглашений, а также произвести отказ от исков лишь как следствие такого преобразования. Даже если положения соглашения, касающиеся отказа от исков и от обращения в суд с аналогичными исками, будут признаны впоследствии недействительными при попытке их исполнить, данное соглашение может быть использовано в суде в качестве доказательства отсутствия основания для исковых требований.

Однако не во всех случаях новация может быть применима. Так, в описываемом конфликте судебное разбирательство, имеющее большое значение для сторон конфликта, было начато по иску Компании В к Компании Б о взыскании неосновательного обогащения. Для новации данного обязательства необходимо было первоначально в соглашении признать факт неосновательного обогащения. Такое признание порождало бы для Компании Б дополнительные риски, связанные с тем, что в последующем в случае незаключения соглашения или его недействительности такое признание могло быть использовано Ком-

⁴ Гражданское процессуальное право России. Учебник для вузов / под ред. М.С. Шакарян. – М., 1996. С. 120.

панией В в качестве доказательства получения имущества, а также с тем, что признание в соответствии со ст. 203 Гражданского кодекса РФ является основанием для перерыва течения срока исковой давности. Надо, однако, заметить, что и в таком случае возможны определенные механизмы, с помощью которых восстанавливается баланс интересов сторон соглашения об урегулировании. Например, экземпляр соглашения, предназначенный Компании В, может быть заложен в банковскую ячейку, доступ к которой согласно договору аренды банковской ячейки предоставляется при условии передачи банку определения о прекращении дела по иску о взыскании неосновательного обогащения. Вместе с тем использование даже банковской ячейки не может абсолютно обезопасить сторону, осуществившую признание, поскольку в порядке ст. 66 АПК РФ соглашение может быть по ходатайству Компании В истребовано судом у банка в качестве доказательства.

Также новация не может быть использована в отношении так называемых корпоративных исков, заявленных акционером общества и имеющих целью признание недействительными решений органов управления общества, крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность, а также ряда иных сделок. Гарантией непредъявления корпоративных исков по основаниям, возникшим до или на момент вступления в силу соглашения об урегулировании, может быть лишь отчуждение истцом акций общества.

В качестве дополнительной гарантии расчеты по соглашению об урегулировании могут производиться по аккредитиву. Для исполнения аккредитива противная сторона должна будет, помимо иных документов, предоставить в банк документы, подтверждающие прекращение судебных производств. Такой способ расчетов может быть более сложным и, несомненно, потребует дополнительных затрат, однако он добавит сторонам уверенности в том, что денежные средства точно будут перечислены, но перечислены только при условии исполнения всех условий аккредитива, а фактически – исполнения условий соглашения.

Несмотря на все вышеизложенное, следует отметить, что использование новации, банковских ячеек и расчетов по аккредитиву не может абсолютно гарантировать сторонам возможности исполнения обязательств по соглашению, а также возмещения стороне убытков в случае его неисполнения или ненадлежащего исполнения. Кроме того,

использование данных правовых механизмов сильно усложняет и отягощает структуру соглашения об урегулировании, что влечет необходимость согласования множества положений и условий и в известной мере затрудняет переговорный процесс.

IV. Выбор иностранного права в качестве права, подлежащего применению к соглашению об урегулировании

В такой ситуации стороны конфликта могут рассмотреть вопрос о подчинении соглашения иностранному праву, позволяющему структурировать соглашение в наиболее адекватной пожеланиям и намерениям сторон форме. Так, в правовых системах стран общего права (например, Англии) существуют такие правовые институты, как обязательство о непредъявлении исков (Covenant Not To Sue), а также соглашение об освобождении от обязательств, оформляемого в виде договора за печатью (Deed of Release). Следует также обратить внимание на то, что данные обязательства могут быть объединены в рамках одного соглашения.

Сутью обязательства о непредъявлении исков является то, что сторона обязуется перед другой стороной не возбуждать каких-либо разбирательств и не предъявлять исков к другой стороне на основании требований какого-либо характера к такой стороне, а также не пытаться каким-либо образом привести любое из данных требований в исполнение.

На основании соглашения об освобождении от обязательств сторона безотзывно отказывается от требований в отношении другой стороны.

При этом, требования как в первом, так и во втором случае понимаются достаточно широко. Требования означают любые, все и всяческие требования, иски, процессы, претензии, расходы, обязательства, средства правовой защиты любого характера, предъявленные или заявленные на момент подписания соответствующего соглашения или ранее и могущие быть предъявленными или заявленными стороной против другой стороны, вне зависимости от того, возникли они или нет, стало о них известно или нет на дату вступления в силу соответствующего соглашения и вне зависимости от того, возникли они или относятся к основанию иска или событию, имевшему место на дату или до даты соответствующего соглашения.

Необходимо обратить особое внимание на тот факт, что все стороны описываемого конфликта являются юридическими лицами, созданными по российскому праву, и отношения между ними не осложнены иным иностранным элементом. Следует отметить, что по праву Англии это обстоятельство не является препятствием для избрания данного права в качестве подлежащего применению к соглашению. Однако по российскому праву выбор иностранного права сторонами договора, не осложненного каким-либо иностранным элементом, не допускается, что ставит под сомнение действительность такого соглашения.

В соглашении может быть закреплена арбитражная оговорка, согласно которой споры, возникающие из данного соглашения, подлежат окончательному разрешению в иностранном международном коммерческом арбитражном суде, к примеру - в Лондонском международном арбитражном суде (London Court of International Arbitration). В связи с этим крайне важным для сторон становится вопрос о возможности признания и исполнения решения иностранного арбитражного суда на территории Российской Федерации.

Согласно части 1 статьи 241 АПК РФ решения международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом.

Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии и Российская Федерация являются участниками Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, согласно статье 3 которой каждое договаривающееся государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений. Из этого следует, что решение Лондонского международного арбитражного суда, в принципе, может быть признано и приведено в исполнение на территории России.

Однако как Нью-Йоркской конвенцией, так и АПК РФ предусмотрены ряд оснований для отказа в признании и приведении в исполне-

ние решения иностранного арбитражного суда. В нашем случае наиболее опасным и заслуживающим отдельного рассмотрения представляется следующее основание, относящееся не к процессуальным юридическим фактам, а к содержательной стороне арбитражного разбирательства. Так, согласно части 2 статьи 5 данной Конвенции в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны. А в соответствии с пунктом 7 части 1 статьи 244 АПК РФ арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части, если исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации. В связи с этим возникает вопрос, может ли российский арбитражный суд при рассмотрении заявления о признании и приведении решения лондонского арбитража, которым присуждены убытки стороне соглашения об урегулировании в результате нарушения другой стороной обязательств по отказу от исков или отказа от обращения в арбитражный суд, признать, что исполнение такого решения будет противоречить публичному порядку Российской Федерации.

Основой для понимания публичного порядка служит статья 1193 ГК РФ. Однако на настоящий момент еще не сложилось однозначного толкования положений данной статьи, а судебная практика в этой части достаточно скудна и зачастую непоследовательна. К сожалению, формат статьи не позволяет с необходимой глубиной и тщательностью рассмотреть всю совокупность вопросов, возникающих при применении судами вышеуказанного основания для отказа в признании и приведении в исполнение, однако на ключевых вопросах остановиться все же следует.

Согласно статье 1193 ГК РФ норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами Раздела 6 ГК РФ, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации.

В последнее время в научных кругах России, а также в международных неправительственных научных организациях все большее внимание уделяется вопросам публичного порядка и способов его толкова-

ния именно в связи с признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений. В доктрине высказываются следующие точки зрения на применение публичного порядка в качестве основания для отказа в признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража. М.М. Богуславский и Б.Р. Корабельников отмечают, что «суд должен сосредоточиться лишь на оценке возможных *последствий* применения норм иностранного права в результате приведения в исполнения такого арбитражного решения», а также далее: ««основы общественного строя Российской Федерации» <...> и публичный порядок в контексте АПК РФ 2002 года ничуть не пострадают, если в РФ будет приведено в исполнение иностранное арбитражное решение, предписывающее российской компании возместить иностранному партнеру убытки, причиненные нарушением договора, который российский суд признал недействительным в связи с нарушением корпоративно-правовых механизмов его одобрения»⁵. В данной работе приводится список случаев ошибочных ссылок на публичный порядок, где также подчеркивается, что оценивать в контексте публичного порядка следует только исполнение решения, а не само решение иностранного арбитражного суда. Следует также иметь в виду, что ссылка на публичный порядок в качестве основания для отказа для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения должна носить экстраординарный характер, и данное основание судам следует применять с большой осторожностью и осмотрительностью лишь в исключительных случаях.

В комментарии к Арбитражному процессуальному кодексу В.В. Ярков указывает, что «сама юридическая конструкция «противоречие публичному порядку Российской Федерации» носит оценочный характер, позволяя ее толковать по разному в различных ситуациях» а также, что «под противоречием публичному порядку РФ понимается прежде всего противоречие фундаментальным конституционным началам правового строя нашей страны. Вместе с тем судебная практика придает юридическое значение порой самым разным фактическим обстоятельствам, оценивая их наличие как несовместимые с публичным порядком нашего государства»⁶. Как также отмечает В.М. Хвесеня,

⁵ Богуславский М.М., Корабельников Б.Р. Исполнение решений международных арбитражей и ссылки на публичный порядок // *Хозяйство и право*. 2003. №9. С. 139-140.

⁶ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. проф. В.В. Яркова – М.: Издательство БЕК, 2003. С. 547 и 550.

«оценочный характер оговорки о публичном порядке и существующая неопределенность в ее понимании и применении служат причиной часто непредсказуемого ее толкования компетентным судом».⁷

Под противоречием публичному порядку Российской Федерации рассматривается также противоречие главе второй Конституции РФ «Права и свободы человека и гражданина», противоречия общественному правосознанию и фундаментальным принципам права.⁸

В Рекомендациях по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений, принятых на 70-ой конференции Ассоциации международного права, устанавливается, что «для того чтобы определить, должен ли принцип, являющийся частью правовой системы, считаться в достаточной степени основополагающим для обоснования отказа в признании или приведении в исполнения арбитражного решения, суду следует принять во внимание, с одной стороны, международный характер дела и его связь с правовой системой страны, суд которой решает вопрос о признании или приведении в исполнение, и, с другой стороны, наличие или отсутствие внутри международного сообщества единого мнения касательно рассматриваемого принципа».⁹ Данные рекомендации не обязательны для России, но тем не менее они могут быть полезны при выработке единой позиции в российской доктрине и практике судов РФ.

Учитывая вышеизложенное, возникает очевидная неопределенность в возможности признания и приведения в исполнение решения Лондонского международного арбитражного суда, которым присуждены убытки стороне соглашения об урегулировании, подчиненного праву Англии. С одной стороны, взыскание убытков, понесенных стороной в результате нарушения договора другой стороной, едва ли может быть признано противоречащим публичному порядку Российской Федерации. Следует также повториться, что компетентный суд при рассмотрении заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитражного суда должен оценивать лишь возможные

⁷ Хвесеня В.М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. №3. С. 42.

⁸ Комаров А.С. Это просто разные системы координат // Коммерсант. 2001. 20 февраля. С. 8.

⁹ Хвесеня В.М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. №3. С. 49.

последствия исполнения такого решения. Очевидно, что непосредственным последствием исполнения решения лондонского арбитражного суда будет взыскание убытков с виновной стороны. Однако с другой стороны, убытки будут взысканы в связи с тем, что сторона нарушила договорное обязательство отказаться от иска или не подавать иски в будущем. Как указывалось выше, компетентный суд не вправе пересматривать решения иностранного арбитражного суда по существу, тем не менее он может принять во внимание характер нарушения и сделать вывод о том, что убытки взыскиваются за нарушение обязательства, входящего в противоречие с основополагающим для правовой системы РФ правом организации на обращение за судебной защитой.

Таким образом, подводя итоги, можно сделать вывод, что законодательный запрет на распоряжение организациями своими процессуальными правами в некоторых случаях является существенным препятствием для внесудебного урегулирования споров по российскому праву, а также влечет необходимость включения в соответствующие соглашения усложненных и не всегда эффективных механизмов, направленных на преодоление данного запрета. В случае подчинения отношений иностранному праву, предоставляющему в распоряжение сторон неизвестные российскому праву правовые конструкции и институты, такой запрет создает для сторон соглашения, споры из которого рассматриваются в иностранном коммерческом арбитражном суде, существенные риски и неопределенность в отношении возможности признать и привести в исполнение решение такого арбитражного суда на территории России.

Как уже упоминалось выше, настоящая статья в большей мере направлена на постановку проблемы, нежели на ее исчерпывающее разрешение, поэтому хочется надеется, что она вызовет в научных кругах дискуссии по данной проблематике, которые в свою очередь могут повлиять на дальнейшее совершенствование российского законодательства.

КНИЖНАЯ ПОЛКА

Ценный труд должен быть доступен и известен всем

**(Рецензия на монографию О.В. Буткевич
«Міжнародне право Стародавнього Світу. – К.:
Україна, 2004. – 864 с. – Біліогр. С. 820-847.
– Покажч.: с. 848-857).**

*Нугаева Н.Г.**

Представленная О.В. Буткевич работа может и должна быть настольной книгой для многих ученых-историков и международников. Долгожданная монография достойнейшим образом может стоять в одном ряду с известнейшими работами Е.А. Коровина «История международного права (1946), Ю.Я. Баскина, Д.И. Фельдмана под тем же названием (1990), В.П. Даневского «Пособие к изучению истории и системы международного права» (1982), М. Циммерман «История международного права с древнейших времен до 1918 года» (1924).

Работа О.В. Буткевич восполняет все пробелы в перечисленных исследованиях. В них отсутствовал анализ становления норм и институтов международного права в сравнительном межрегиональном аспекте (Египет, Месопотамия, Античное Средиземноморье и др.), о чем справедливо указывает автор монографии.

В то время как такие ученые-международники, как В.П. Данилевский и его сторонники, утверждают, что древность, не исключая Грецию и Рим, дала для истории международного права одни отрицательные результаты и «правильное» международное право стало

* Нугаева Н.Г. – к.ю.н., доцент кафедры конституционного и международного права КГУ.

зарождаться лишь в средние века, О.В. Буткевич, анализируя причины, исторические условия возникновения международного права, четко и ясно показывает особенности, характер и механизм появления международного права в древний период. Автор весьма убедительно доказывает, что становление международного права является следствием и регулятором международных отношений на протяжении их истории.

Прежде чем приступить к описанию формирования основных категорий международного права в древний период, автор подробнейшим образом останавливается на особенностях формирования международных отношений, к примеру, характеризуя международное право в период межплеменных отношений. В работе подчеркивается, что отношения строились между индивидами, хотя они и регулировали межплеменные связи; характерной чертой в период межплеменных отношений является персонификация, которая сохранилась и в рабовладельческом, и в федеральном государствах.

«Наиболее болезненной проблемой» называет О.В. Буткевич евроцентристский подход к международному праву, тем самым доказывая то, что это не могло не вести к отрицанию существования его в древности.

И конечно же, серьезнейшим шагом явилось то, что исследователь, изучая историю развития международного права, обращается к таким наукам, как антропология, этнология, культурология, археология, общая история.

Следует отметить, что в главе II «Формирование основных категорий международного права в древний период» перечислен интереснейший материал в § 6 «Соотношение международного и внутреннего права в древности». Наличие зачатков международного права автору весьма наглядно удалось показать на примерах таких древних договоров, как договор, заключенный в 3100 г. до н.э. между правителями месопотамских государств Лагаш и У...ой. Этот договор подтверждал существующую между данными государствами границу; устанавливал неприкосновенность ее знаков; согласно данному договору споры должны были решаться мирным путем, на основе арбитража; исполнение договора гарантировалось клятвой и обращением к богам; текст договора на шумерском языке высечен на каменной стеле.

Представленная монография весьма полезна и необходима не только ученым-международникам, но и студентам, аспирантам, углубленно изучающим историю развития международного права.

В свое время Е.А. Коровин писал об ученых, посвящающих свои труды развитию международного права в древнем мире: «Аполлон играл на лире, Пан – на флейте, Орфей – пел своим божественным голосом, но из этих разрозненных звуков не получалось симфонии» (Е.А. Коровин. «История международного права». М., 1946). Хотелось бы отметить, что О.В. Буткевич удалось создать симфонию, которой будут наслаждаться многие поколения ученых, студентов и аспирантов. Хотя монография больше доступна украинскому народу, хотелось бы в ближайшее время увидеть ее на прилавках книжных магазинов и в библиотеках России и на русском языке.

ДОКУМЕНТЫ

Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 58/174. Права человека и терроризм

Генеральная Ассамблея,

руководствуясь Уставом Организации Объединенных Наций, Всеобщей декларацией прав человека¹, Декларацией о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций², и Международными пактами о правах человека³,

ссылаясь на Декларацию по случаю пятидесятой годовщины Организации Объединенных Наций⁴, а также Декларацию о мерах по ликвидации международного терроризма⁵,

ссылаясь также на Венскую декларацию и Программу действий, принятые Всемирной конференцией по правам человека 25 июня 1993 года⁶, в которых Конференция подтвердила, что акты, методы и практика терроризма во всех его формах и проявлениях, равно как и его связь в некоторых странах с незаконным оборотом наркотиков, являются деятельностью, которая направлена на уничтожение прав человека, основных свобод и демократии, создает угрозу территориальной

¹ Резолюция 217 А (III).

² Резолюция 2625 (XXV), приложение.

³ Резолюция 2200 А (XXI), приложение.

⁴ См. резолюцию 50/6.

⁵ Резолюция 49/60, приложение.

⁶ A/CONF.157/24 (Part I), глава III.

целостности и безопасности государств и дестабилизирует законные правительства, и что международному сообществу следует принять необходимые меры по укреплению сотрудничества в деле предотвращения терроризма и борьбы с ним,

ссылаясь далее на Декларацию тысячелетия Организации Объединенных Наций, принятую Генеральной Ассамблеей⁷,

напоминая в этой связи ссылку в докладе Генерального секретаря об осуществлении Декларации тысячелетия на тот факт, что терроризм сам по себе является одним из нарушений прав человека и с ним необходимо бороться как с таковым и что усилия по борьбе с ним должны предприниматься, тем не менее, в полном соответствии с существующими международными нормами⁸,

ссылаясь также на свои резолюции 48/122 от 20 декабря 1993 года, 49/185 от 23 декабря 1994 года, 50/186 от 22 декабря 1995 года, 52/133 от 12 декабря 1997 года, 54/109 и 54/110 от 9 декабря 1999 года, 54/164 от 17 декабря 1999 года, 55/158 от 12 декабря 2000 года, 56/160 от 19 декабря 2001 года и 57/219 и 57/220 от 18 декабря 2002 года,

напоминая, в частности, о том, что в своей резолюции 52/133 она просила Генерального секретаря запросить мнения государств-членов о последствиях терроризма во всех его формах и проявлениях для полной реализации всех прав человека и основных свобод,

ссылаясь на предыдущие резолюции Комиссии по правам человека, *учитывая* все другие соответствующие резолюции Генеральной Ассамблеи,

учитывая также соответствующие резолюции Совета Безопасности,

сознавая, что на заре XXI века мир является свидетелем исторических и далеко идущих преобразований, в ходе которых силы агрессивного национализма и религиозного и этнического экстремизма продолжают бросать новые вызовы,

⁷ См. резолюцию 55/2.

⁸ См. A/58/323, пункт 28.

будучи встревожена тем, что, несмотря на национальные и международные усилия, продолжают совершаться акты терроризма во всех его формах и проявлениях, направленные на уничтожение прав человека,

памятуя о том, что право на жизнь является основным правом человека, без которого человек не может осуществлять никакие другие права,

памятуя также о том, что терроризм создает обстановку, которая лишает людей права жить без страха,

вновь заявляя, что все государства обязаны поощрять и защищать все права человека и основные свободы и что каждый человек должен стремиться обеспечивать эффективное выполнение их обязательств согласно международному праву,

будучи серьезно обеспокоена грубыми нарушениями прав человека, совершаемыми террористическими группами,

выражая свое самое глубокое сочувствие и соболезнования всем жертвам терроризма и их семьям,

будучи особенно встревожена возможностью использования террористическими группами новых технологий для совершения актов терроризма, способных причинить огромный ущерб, в том числе привести к массовой гибели людей,

подчеркивая необходимость активизации борьбы с терроризмом на национальном уровне, усиления эффективного международного сотрудничества в борьбе с терроризмом в соответствии с международным правом, включая соответствующие обязательства государств согласно международным нормам прав человека и международному гуманитарному праву, и укрепления роли Организации Объединенных Наций в этой связи,

подчеркивая также, что государства должны отказывать в убежище тем, кто финансирует, планирует, поддерживает или совершает террористические акты или предоставляет убежище,

вновь подтверждая, что все меры по борьбе с терроризмом должны приниматься при строгом соблюдении норм международного права, включая международные стандарты и обязательства в области прав человека,

сознавая необходимость защиты и гарантирования прав человека отдельной личности согласно соответствующим принципам и правовым актам, касающимся прав человека, в особенности права на жизнь,

отмечая растущее осознание международным сообществом отрицательного воздействия терроризма во всех его формах и проявлениях на осуществление в полном объеме прав человека и основных свобод и на обеспечение законности и демократических свобод, как это воплощено в Уставе Организации Объединенных Наций и Международных пактах о правах человека,

отмечая также события, которые произошли после проведения пятьдесят шестой сессии в решении вопроса о правах человека и терроризме на международном, региональном и национальном уровнях,

1. *вновь заявляет о своем безоговорочном осуждении* актов, методов и практики терроризма во всех его формах и проявлениях как деятельность, которая направлена на уничтожение прав человека, основных свобод и демократии, создает угрозу территориальной целостности и безопасности государств, дестабилизирует законные правительства, подрывает плюралистическое гражданское общество и имеет пагубные последствия для экономического и социального развития государств;

2. *решительно осуждает* нарушения права на жизнь, свободу и безопасность;

3. *выражает глубокое сожаление* по поводу того, что в результате неизбирательных и произвольных актов насилия и террора, которым не может быть оправдания ни при каких обстоятельствах, террористы уничтожают, зверски убивают и калечат все большее число ни в чем не повинных людей, включая женщин, детей и стариков;

4. *выражает свою солидарность с жертвами терроризма;*

5. *подтверждает* содержащееся в Декларации тысячелетия Организации Объединенных Наций⁷ решение глав государств и правительств предпринять согласованные действия по борьбе против международного терроризма и присоединиться как можно скорее ко всем соответствующим региональным и международным конвенциям;

6. *настоятельно призывает* международное сообщество расширять сотрудничество на региональном и международном уровнях в борьбе с терроризмом во всех его формах и проявлениях согласно соответствующим международным документам, в том числе касающимся прав человека, с целью его искоренения;

7. *призывает* государства принять все необходимые и эффективные меры согласно соответствующим положениям международного права, включая международные стандарты в области прав человека, для предотвращения терроризма во всех его формах и проявлениях, борьбы с ним и его ликвидации, где бы и кем бы он ни совершался, и призывает также государства укреплять там, где это необходимо, свое законодательство для борьбы с терроризмом во всех его формах и проявлениях;

8. *настоятельно призывает* все государства отказывать террористам в убежище;

9. *призывает* государства принимать до предоставления статуса беженца надлежащие меры согласно соответствующим положениям национального и международного права, включая международные стандарты в области прав человека, для того чтобы убедиться в том, что проситель убежища не планировал, не способствовал совершению и не участвовал в совершении террористических актов, включая убийства, и в этом контексте настоятельно призывает те государства, которые предоставили статус беженца или убежище лицам, о которых идет речь, или которые заявили о совершении актов терроризма, вновь рассмотреть эти ситуации;

10. *осуждает* разжигание межнациональной ненависти, насилия и терроризма;

11. *подчеркивает*, что каждый человек, независимо от национальной принадлежности, расы, пола, религии или любого другого отличия, имеет право на защиту от терроризма и террористических актов;

12. *с озабоченностью отмечает* растущую связь между террористическими группами и другими преступными организациями, занимающимися незаконным оборотом оружия и наркотиков на национальном и международном уровнях, а также связанное с этим совершение серьезных преступлений, таких, как убийства, вымогательство, физическое насилие, захват заложников и разбой, и просит соответствующие органы Организации Объединенных Наций продолжать уделять особое внимание этому вопросу;

13. *приветствует* доклад Генерального секретаря о правах человека и терроризме⁹ и просит его продолжать запрашивать мнения государств-членов о последствиях терроризма во всех его формах и проявлениях для полной реализации всех прав человека и основных свобод и о возможном создании фонда добровольных взносов для жертв терроризма, а также о путях и средствах реабилитации жертв терроризма и реинтеграции их в общество в целях включения своих выводов в его доклад Генеральной Ассамблее;

14. *постановляет* рассмотреть этот вопрос на своей шестидесятой сессии по пункту повестки дня, озаглавленному «Вопросы прав человека».

77-е пленарное заседание,
22 декабря 2003 года

⁹ A/58/533.

Резолюция Комиссии ООН по правам человека 2004/16 от 16 апреля 2004 года
Недопустимость определенных видов практики, которые способствуют эскалации современных форм расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости

Комиссия по правам человека,

руководствуясь Уставом Организации Объединенных Наций, Всеобщей декларацией прав человека, Международным пактом о гражданских и политических правах, Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации и другими соответствующими договорами по правам человека,

ссылаясь на Устав Нюрнбергского трибунала и постановление этого Трибунала, в котором организация «Ваффен СС» и все ее составные части были признаны преступными и она была признана ответственной за многочисленные военные преступления и преступления против человечности,

ссылаясь также на соответствующие положения Дурбанской декларации и Программы действий, принятых 8 сентября 2001 года Всемирной конференцией по борьбе против расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости (A/CONF.189/12 и Согг.1),

принимая к сведению исследование, проведенное Специальным докладчиком по вопросу о современных формах расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости (E/CN.4/2004/61),

будучи встревожена в этой связи распространением во многих частях мира различных экстремистских политических партий, движений и групп, включая неонацистов и «бритоголовых»,

1. *вновь подтверждает* положение Дурбанской декларации, в котором государства осудили сохранение и возрождение неонацизма, неофашизма и агрессивных националистических предрассудков и заявили, что эти явления никогда не могут заслуживать оправдания ни в каких случаях и ни при каких обстоятельствах;

2. *выражает глубокую озабоченность* по поводу прославления бывших членов организации «Ваффен СС», и в частности открытия памятников и мемориалов, а также проведения публичных демонстраций бывших членов СС;

3. *подчеркивает*, что виды практики, описанные выше, оскорбляют память бесчисленных жертв организации СС и отравляют сознание молодежи и что эти виды практики несовместимы с обязательствами государств – членов Организации Объединенных Наций по ее Уставу и наносят ущерб целям и принципам Организации;

4. *подчеркивает также*, что такие виды практики ведут к эскалации современных форм расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости и способствуют распространению и умножению числа различных экстремистских политических партий, движений и групп, включая неонацистов и «бритоголовых»;

5. *особо отмечает* необходимость принятия мер, с тем чтобы положить конец видам практики, описанным выше;

6. *просит* Специального докладчика по вопросу о современных формах расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости проработать этот вопрос и сформулировать соответствующие рекомендации в его докладе Комиссии на ее шестьдесят первой сессии, принимая во внимание мнения правительств, а также неправительственных организаций;

7. *предлагает* правительствам, а также неправительственным организациям в полной мере сотрудничать со Специальным докладчиком в выполнении вышеупомянутой задачи;

8. *постановляет* рассмотреть данный вопрос на своей шестьдесят первой сессии в рамках этого же пункта повестки дня.

51-е заседание
16 апреля 2004 года

[Принята путем заносимого в отчет о заседании голосования 36 голосами против 13 при 4 воздержавшихся. См. главу VI.]

Резолюция Комиссии ООН по правам человека 2004/32 от 19 апреля 2004 года

Целостность судебной системы

Комиссия по правам человека,

руководствуясь статьями 5, 7, 8, 10 и 11 Всеобщей декларации прав человека и статьями 2, 4, 6, 7, 10, 14, 15 и 26 Международного пакта о гражданских и политических правах и учитывая Венскую декларацию и Программу действий,

ссылаясь на другие важные документы по вопросу о целостности судебной системы, одобренные различными форумами Организации Объединенных Наций, в частности на Основные принципы независимости судебных органов, Основные принципы, касающиеся роли юристов, Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, Декларацию основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, Основные принципы обращения с заключенными, Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, а также на Меры, гарантирующие защиту прав тех, кто приговорен к смертной казни,

ссылаясь также на свои резолюции 2002/37 от 22 апреля 2002 года и 2003/39 от 23 апреля 2003 года по этому вопросу,

принимая к сведению резолюцию 2003/8 Подкомиссии по поощрению и защите прав человека от 13 августа 2003 года,

будучи убеждена в том, что целостность судебной системы является непременным условием защиты прав человека и обеспечения отсутствия какой-либо дискриминации при отправлении правосудия,

подчеркивая, что целостность судебной системы должна соблюдаться при любых обстоятельствах,

1. *принимает к сведению* доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов (E/CN.4/2004/60 и Add.1), а также представленный г-ном Эммануэлем Деко Подкомиссии доклад по вопросу об отправлении правосудия военными трибуналами (E/CN.4/Sub.2/2003/4);

2. *вновь заявляет*, что, как это провозглашается в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности любого предъявленного ему обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на справедливое, публичное и законное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом или трибуналом, должным образом созданным на основании закона, и что он имеет право считаться невиновным, пока виновность его не будет доказана согласно закону;

3. *подчеркивает*, что любой суд, рассматривающий дело лица, обвиняемого в уголовном преступлении, должен основываться на принципах компетентности, независимости и беспристрастности;

4. *настоятельно призывает* государства гарантировать, чтобы все лица, дела которых переданы на рассмотрение судов или трибуналов, находящихся под их юрисдикцией, имели право быть судимыми в их присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного ими самими защитника и обладали всеми необходимыми гарантиями для защиты;

5. *призывает* государства обеспечить соблюдение принципов равенства перед судами и перед законом в рамках своих судебных систем, в частности путем предоставления лицам, дела которых рассматриваются судом, возможности допрашивать показывающих против них свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос их свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против них;

6. *вновь подтверждает*, что каждый осужденный должен иметь право на то, чтобы его осуждение и приговор были пересмотрены судом компетентной юрисдикции в соответствии с законом;

7. *призывает* государства, где существуют военные суды или специальные военные трибуналы для рассмотрения дел уголовных правонарушителей, обеспечить, чтобы такие суды, где их создание требуется в соответствии с применимым международным правом, являлись неотъемлемой частью общей судебной системы и чтобы такие суды применяли такие международно-признанные нормы надлежащего процессуального права, как гарантии на справедливое судебное разбирательство, включая, в частности, право на обжалование, осуждение и приговор;

8. *подчеркивает* важность развития сотрудничества между национальными судебными системами, в частности в целях укрепления и защиты лиц, лишенных свободы;

9. *просит* г-на Деко учитывать настоящую резолюцию в ходе своей дальнейшей работы;

10. *просит* Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов в полной мере учитывать настоящую резолюцию при выполнении им своего мандата и представления им своего доклада Комиссии на ее шестьдесят первой сессии.

55-е заседание
19 апреля 2004 года

[Принята без голосования. См. главу XI.]

Отв. редактор Колосов Ю.М.
Редактор Якушкина Т.И.
Компьютерная верстка Мустаев В.А.
Корректор Смирнов Д.Л.
Подписано в печать 04.04.2005

НП “Содействие редакционной деятельности МЖМП”

Тираж 1000 экз.

Отпечатано в отделе оперативной полиграфии
и множительной техники МГИМО (У) МИД России
119218, Москва, ул. Новочеремушкинская, 26

Уважаемые читатели!
 Запущен сайт
 Московского журнала международного права
 Предлагаем посетить его по адресу:
www.mjil.ru <<http://www.mjil.ru>>



ISSN 0869-0049



9 770869 004006