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
№ 4 (76) 2009 октябрь-декабрь

Содержание

Вопросы теории

Ибрагимов А.М. Перспективы развития гарантий в современном международном праве 4

Ahmed M. Ibragimov Prospects of Guarantees' Development in the Modern International Law 16

Право международной безопасности

Аманжолов Ж.М. Совещание по взаимодействию и мерам доверия в Азии: системный подход к вопросу об обеспечении региональной безопасности в новом международно-правовом контексте (часть 2) 17

Zhaisanbek M. Amanzholov Conference on Interaction and Confidence-Building Measures in Asia: A Systematic Approach to Ensuring Regional Security in the New Context of International Legal Issues (Part II) 33

Международное гуманитарное право

Котляров И.И. Международное гуманитарное право о новых видах оружия 34

Ivan I. Kotlyarov International Humanitarian Law on New Weapons 55

Права человека

Ульяшина Л.В. Международные стандарты в области прав человека: проблемы правовой дефиниции 56

Liudmila V. Ulyashyna International Standards on Human Rights: Problems of Legal Definition 80

Илиев Р.Л. Права человека и гражданина в Израиле 81
Roman L. Iliev Human and Civil Rights in Israel 99

Международное частное право

Выговский А.И. Механизмы разрешения коллизий в международном вексельном праве: опыт стран женевской и англо-американской вексельных систем 100
Alexander I. Vygovskyy Mechanisms of the Conflict of Laws Solutions in the International Exchange Law: Experience of the Geneva and Anglo-American Countries 118

Романовская О.В. Российский нотариат и международная унификация права 119
Olga V. Romanovskaya Russian Notary and International Unification of Law 132

Леанович Е.Б. Территориальность интеллектуальной собственности на современном этапе 133
Elena B. Leanovich Territoriality of Intellectual Property at the Contemporary Stage 148

Хомякова Н.П. Концепция права международной торговли во французской доктрине 149
Natalia P. Homyakova French Concept of International Commercial Law 162

Международное экономическое право

Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: доктринальные проблемы 163
Insur Z. Farhutdinov International Investment Law: Doctrinal Problems 182

Европейское право

Трыканова С.А. Актуальные проблемы миграционной политики и права ЕС 183
Svetlana A. Trykanova Burning Problems of Migration Policy and Law in the EU 189

Международное и внутригосударственное право

Водяницкая Е.А. Австрийская Конституция и международное право 190

Elena A. Vodyanitskaya Austrian Constitution and International Law 205

Голоса молодых

Берандзе М.Р. Проблема правосубъектности транснациональных корпораций в доктрине международного права 206

Mikhail R. Berandze The Problem of Transnational Corporation's Legal Personality in the International Law Doctrine 219

Горбачев В.А. Проблема частноправового способа защиты конкурентных отношений в праве Европейского союза 220

Vyacheslav A. Gorbachev Problems of Private Law Protection of Competition in the EC Law 237

Книжная полка

Русинова В.Н. Handbook of International Humanitarian Law (Руководство по международному гуманитарному праву / Под ред. Дитера Флека. 2-е изд. Оксфорд, 2008. 770 с.). Рецензия 238

Vera N. Rusinova Handbook of International Humanitarian Law (Dieter Fleck (ed.) 2nd Ed. Oxford, 2008. 770 p.). Review 245

Юбилей

Славный юбилей видного ученого и дипломата Колосова Ю.М. 246

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Перспективы развития гарантий в современном международном праве

Ибрагимов А.М.[*]

Международно-правовые гарантии прогнозируются с учетом их текущей востребованности как привлекательные для государств средства, способные обеспечить мирное урегулирование кризисных ситуаций в Афганистане, в Палестине, на Кипре и в других нестабильных регионах. С точки зрения обеспечения мирного использования ядерной энергии в ряде развивающихся государств возрастут в своей актуальности гарантии МАГАТЭ. Успех в применении этих гарантий будет зависеть от такого общего поведения в отношении указанных государств, которое будет соответствовать целям и принципам Организации Объединенных Наций. Это также верно, как и то, что международные гарантии следует наполнять новым содержанием, отвечающим реалиям текущего периода. Вместе с тем гарантии должны применяться независимо от тех или иных изменений, затрагивающих интересы их субъектов. Обязательства по международным гарантиям должны выполняться строго, какого бы вида или формы они ни были.

Ключевые слова: соглашения; гарантии; обеспечение; перспективы; развитие.

Международно-правовые гарантии[1] прошли большой путь в своем становлении в качестве средства обеспечения международных догово-

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

[1] Для целей настоящей статьи международно-правовые гарантии понимаются как общие средства обеспечения международного договора, содержащиеся в его тексте,

ров. Этот путь был отмечен периодической утратой или определенным дефицитом внимания к ним со стороны государств и международных организаций. Так было и в некоторые короткие периоды прошлого века, однако начало XXI века свидетельствует об устойчивом возрождении интереса к международно-правовым гарантиям. Вот несколько примеров общего плана, к которым мы обратимся в различных контекстах. Так, в целях урегулирования кризисных ситуаций Европейский союз, Египет (важный посредник разрешения палестино-израильского конфликта конца 2008 и начала 2009 г.), Казахстан, Российская Федерация, Саудовская Аравия, Франция и другие государства предоставили международно-правовые гарантии заинтересованным странам и народам Азии, Ближнего Востока и Европы. Столь очевидный знак внимания к этому замечательному средству позволяет с оптимизмом смотреть в будущее с точки зрения намерения государств использовать международные гарантии в практике урегулирования тех или иных проблем.

Прежде всего внимание следует обратить на крупные, длящиеся международные проблемы, неурегулированность которых вносит разлад в международные отношения, становится преградой на пути реального объединения государств для целей обеспечения общей безопасности, развития и сращивания мировой экономики и достижения прочих общих благ. Мы не претендуем на точность, но должны отметить, что от урегулирования ближневосточной проблемы зависит очень многое. Полагаем, что международно-правовые гарантии не могут быть «панацеей от всех бед» в этом регионе, но тем не менее они должны быть использованы прежде всего там.

Вообще международные гарантии явление не новое для Ближнего Востока. Истории известны случаи, когда некоторые государства предоставляли их странам этого региона в рамках реализации «мирных» инициатив. Однако этот опыт не удался вследствие того, что подобного рода гарантии были прикрытием истинных намерений, которые имели мало общего со стремлением содействовать установлению мира и безопасности на оккупированных Израилем территориях. Впредь это должно послужить уроком для всех, кто возьмется быть посредником в урегулировании арабо-палестино-израильского конфликта. Вместе с тем международные гарантии, основанные на праве и добрых намерениях, здесь, как мы отметили, весьма необходимы.

так и закрепленные в особых договорах юридические обязательства государств по предоставлению специальной защиты государству, которому дана гарантия.

Объектом таких гарантий на первом этапе должно стать прекращение очередного и предотвращение новых витков военных действий и восстановление мира в регионе. В этом отношении представляет интерес принятая Советом Безопасности ООН 9 января 2009 г. резолюция с требованием прекращения огня в секторе Газа, которая действует на долговременной основе. Одним из главных пунктов резолюции стало требование обеспечить гарантии устойчивого и продолжительного перемирия[2]. Важно понять, что гарантии не могут служить интересам только одной из воюющих сторон. Например, нельзя дать Израилю гарантии полного прекращения ракетного обстрела ее территории (Израиль требовал такие гарантии, однако затем отказался от своего требования, усомнившись в возможности его удовлетворения), так как такие гарантии были бы односторонними и игнорирующими основную причину всех бед на Святой земле − израильскую оккупацию арабских территорий. Стало быть, гарантии должны быть двусторонними, при этом имеется в виду обеспечение полного и окончательного прекращения огня с обеих сторон. На втором, заключительном этапе следует гарантировать образование арабского палестинского государства. Кстати, прошедший 18 января 2009 г. в египетском городе Шарм-эль-Шейхе международный саммит с участием ведущих держав по ситуации в секторе Газа подчеркнул необходимость форсированного создания независимой Палестины. Функции гарантий не могут ограничиваться образованием там государства, ими должна быть охвачена защита его независимости и территориальной целостности. Если удастся этого добиться, мировое сообщество сможет на согласительной основе выдвинуть еще более радикальное средство – концепцию юридически оформленного постоянного нейтралитета государства Палестина – и гарантировать его. Это позволит, во-первых, обеспечить, чтобы никто не строил и не осуществлял планов применения вооруженной силы против нового арабского государства, и, во-вторых, добиться окончательного прекращения террористических вылазок палестинцев против кого бы то ни было.

Другим общезначимым с точки зрения поддержания международного мира и безопасности вопросом обеспечения многостороннего сотрудничества на постоянной и всеобщей основе является кипрская проблема. Известно, что лондонско-цюрихские соглашения 1960 г. по ее урегулированию оказались неэффективными. Представляется

[2] См.: http: // www. afn.by/news/i/111352.

неоправданным определенное ослабление внимания сегодня к этой проблеме; очевидно, это обусловлено недооценкой содержащегося в ней конфликтного потенциала. Советский Союз, современник генезиса данного вопроса, оценивал его адекватно. Ярким тому свидетельством явились конструктивные предложения СССР по Кипру. Они не утратили ныне своей актуальности. Центральной частью советских инициатив было предложение о безотлагательном заключении в рамках ООН соглашения, предусматривающего демилитаризацию острова и ликвидацию всех дислоцированных на нем иностранных военных баз. В своем предложении СССР исходил из того, что проблема Кипра должна решаться с помощью системы международных гарантий независимости, суверенитета, единства, территориальной целостности Республики Кипр, уважения всеми сторонами ее статуса неприсоединившегося государства[3]. Правда, благородный порыв Советского Союза не обошелся без определенных противоречий – он одновременно предлагал кипрской и турецкой сторонам решить проблему острова на двусторонней основе, без чьего-либо участия[4]. Очевидно, подобная нестыковка объясняется состоянием трудного поиска путей выхода из сложившейся ситуации. Тем не менее нельзя умалять роли СССР в решении этого насущного вопроса.

По состоянию на сегодняшний день положение дел не изменилось: проблема не решена. В связи с этим представляется, что после неудачно завершившегося в 2008 г. референдума[5] следует вновь вернуться к проекту объединения Кипра по типу федеративного государства. Прорыв в его осуществлении позволит единому Кипру войти в состав Европейского союза. Такой исход дела станет благоприятным не только для враждующих на острове общин, но и для Турции. Ведь одним из препятствий на пути ее движения в единую Европу является как раз кипрский вопрос. К слову сказать, этот вариант не игнорирует позиций ООН, являющейся постоянным участником кипрского мирного процесса. Напротив, он будет реализован в соответствии с целями и принципами Организации Объединенных Наций. Возможные со стороны

[3] См.: О принципах кипрского урегулирования и путях его достижения (Предложения СССР) // Правда. 1986. 22 янв.

[4] См.: Там же.

[5] Тогда накануне референдума Совет Безопасности ООН в своем заявлении от 17 апреля 2008 г. выразил надежду на то, что греческая и турецкая общины укрепят взаимное доверие и используют благоприятный момент для объединения сторон. См.: http://www.narodinfo.ru/news/47986.html

Российской Федерации шаги в направлении кипрского урегулирования могут делаться с упором на идею о проведении международного форума в формате, приемлемом для спорящих сторон. Предлагаемый вариант может быть включен в повестку дня его работы и обсужден заинтересованными государствами. По его смыслу роль международных гарантий в решении проблемы может быть сведена к минимуму, так как кипрский вопрос трансформируется из международной проблемы во внутреннее дело Европейского союза. Будучи под юрисдикцией ЕС, проблема кипрского урегулирования может быть исчерпана на приемлемых для двух общин условиях, возможно, скоро.

С точки зрения развития гарантий в международном праве представляет интерес такой ареал их распространения, как Афганистан. Акцентирование внимания на этом регионе закономерно. Основная тому причина – состояние перманентной войны, насилия и агрессии в Афганистане. К большому сожалению, источником войны против свободолюбивого афганского народа выступают США, которые все еще являются гарантами невмешательства и защиты от насилия и интервенции в любой форме во внутренние дела этой страны по Женевским соглашениям от 14 апреля 1988 г.

Другой участник названных соглашений – СССР – вплоть до своего роспуска исправно соблюдал обязательства гаранта, особенно в отношении прекращения военных действий и вывода подразделений ограниченного контингента советских войск в Афганистане. Возвращаясь к Соединенным Штатам, отметим, что они не в пример СССР предали забвению действующие Женевские соглашения и вытекающие из них особые обязательства. Не нужно долго искать примеры правового нигилизма в поведении США. На протяжении длительного периода от заключения соглашений в 1988 г. до настоящего времени Соединенные Штаты под предлогом борьбы с терроризмом варварски уничтожают афганский народ. Позволительно спросить, можно ли на таком мизантропическом фоне США требовать защиты прав человека и демократии от других стран? Впрочем, это риторический вопрос. Между тем представляется, что еще не поздно вернуться к вопросу об обеспечении суверенитета, территориальной целостности и независимости Афганистана по букве и духу Устава ООН, ее обязательных резолюций и Женевских соглашений 1988 г. Возвращение в правовое поле из поля сражений может быть реальной гарантией безопасности как Афганистана, так и всех других государств в сложных современных

условиях. Если быть более конкретными, России – как правопреемнице Советского Союза – и США в мирных, созидательных целях следует продолжать обеспечивать предусмотренные в женевских документах обязательства гарантов по Афганистану. В этом смысле внушает определенный оптимизм важное политическое заявление Президента РФ от 23 января 2009 г. о готовности Российской Федерации к сотрудничеству с США по вопросу об урегулировании ситуации в Афганистане, сделанное им в ходе государственного визита в Узбекистан. Оно было дополнено 6 марта 2009 г. в Женеве на встрече министра иностранных дел России с госсекретарем США, в ходе которого глава внешнеполитического ведомства Российской Федерации подчеркнул, что стабильность в Афганистане – общее дело РФ и США.

Вопрос о гарантиях неукоснительного исполнения в будущем принятых мирных договоренностей представляется крайне важным для неспокойного Таджикистана, находящегося почти в том же регионе. Для оценки перспектив гарантий урегулирования конфликта в этой стране невозможно обойтись без экскурса в важные подробности их выработки в недалеком прошлом. Так, в период с 1995 по 1997 г. была принята серия соглашений по мирному урегулированию в Таджикистане, которая условно нами определена как «межтаджикский мирный договор». Самым значительным документом из этой серии явилось Общее соглашение об установлении мира и национального согласия в Таджикистане, подписанное 27 июня 1997 г. в Москве всеми сторонами конфликта при деятельном участии спецпредставителя Генерального секретаря ООН. Согласно межтаджикскому мирному договору, реально вопрос о гарантиях встал в связи с необходимостью выполнения такого звена договора, как Соглашение по военным вопросам от 8 марта 1997 г. Небезынтересно, что в тексте этого Соглашения на первый план выдвинуто *доверие*, что само по себе является новеллой для его признания в качестве юридического обеспечительного фактора. С принятием 28 мая 1997 г. специального Протокола о гарантиях применительно к Общему соглашению[6] к доверию как мере гарантий добавились не характерные для средств обеспечения международных договоров *честное слово, добрая воля и приверженность сторон достижению мира и национального согласия в стране*. В.В. Похлёбкин отметил, что с точки зрения европейских правовых понятий такого рода гаран-

[6] Текст Протокола от 28 мая 1997 г. см.: Моск. журнал междунар. права. 1998. № 1. С. 263–265.

тии слабы, они не опираются на какую-либо материальную силу, носят чисто психологический характер и держатся буквально на одном честном слове сторон. Между тем в условиях Востока такие категории, как слово чести и совместные контакты на низовом уровне, могут оказаться более эффективными гарантиями сохранения мира и обеспечения национального примирения, нежели применение известных схем международно-правовых гарантий[7]. Опираясь на такие традиционные для Востока понятия, стороны согласились материализовать и юридически закрепить легитимность именно моральных установлений и институтов. Так, в упомянутом выше Соглашении по военным вопросам в этом контексте материальными гарантиями рассматриваются создание Комиссии по национальному примирению, предоставление представителям оппозиции квот на замещение должностей в высших органах исполнительной власти страны, которые приносят пользу мирному процессу сегодня и обращены в будущее. Кроме того, к числу важных на перспективу гарантий отнесены: реинтеграция, разоружение и расформирование вооруженных частей оппозиции и реформирование силовых структур Республики Таджикистан, возвращение беженцев, амнистия лиц, участвовавших в гражданском конфликте и др. Вместе с тем интересно и другое. Только после ссылок на такие внутренние гарантии стороны в конфликте обращаются, уже как бы во вторую очередь, во втором пункте Протокола от 28 мая 1997 г. к международным гарантиям.

Таким образом, разработчики межтаджикских соглашений демонстрировали свою готовность помнить и учитывать наряду с национальными, обычно-правовыми факторами также и факторы канонические, международно-правовые, заключающиеся в гарантии соблюдения соглашений со стороны контролирующих их исполнение международных институтов. И те и другие гарантии позволяют сегодня говорить об их успехе, они имеют хорошие виды на будущее.

Особняком стоит вопрос об обеспечении гарантий МАГАТЭ (Международного агентства по атомной энергии)[8]. Согласно его поста-

---

[7] Похлёбкин В.В. Межтаджикское соглашение о прекращении гражданской войны и национальном примирении – важный фактор установления мира на Среднем Востоке // Моск. журнал междунар. права. 1998. № 1. С. 241–242.

[8] В своей сущности гарантии МАГАТЭ – это специальные процедуры, применяемые для контроля мирного использования ядерной энергии. Об этом см.: Вавилов А.И., Иойрыш А.И., Молодцова Е.С. МАГАТЭ: политико-правовой статус. М., 1992. С. 57, 60–61.

новке, Агентство получает от государств обязательства обеспечения режима нераспространения ядерного оружия, которые вытекают из заключенных с МАГАТЭ многосторонних и двусторонних соглашений о контроле Агентством их ядерной деятельности. Указанные соглашения исходят из обязательств двух видов: 1) государства, обладающие ядерным оружием, не отчуждают его другим государствам; 2) государства, не обладающие таким оружием, не будут приобретать ресурсов, материалов или компонентов для его производства или получения. Для целей претворения в жизнь этих обязательств Агентство вправе осуществлять проверку на предмет недопущения переключения ядерной энергии с мирного применения на ядерное оружие или другие взрывные устройства. Проблема заключается в том, чтобы исключить мнимые, притворные действия заинтересованных государств, ставящие целью прикрыть деятельность, несовместимую с данными Агентству обязательствами. В связи с этим существуют определенные риски. Например, эскалация агрессии против Афганистана, постоянное нагнетание угрожающей миру ситуации в этой и других странах чреваты возможностью тайной разработки в них ядерного оружия или его применения. Избежать такого исхода развития событий в будущем можно будет, если развитые государства прекратят практику прямых или косвенных угроз остальному миру. На наш взгляд, верной гарантией обеспечения безопасности будут не очередные общие декларации о мире и стабильности, а поведение, сообразующееся с известными всем целями и принципами ООН.

Сфера применения международно-правовых гарантий много шире, чем затронутые в этом разделе аспекты. Эти аспекты касаются международных гарантий преимущественно в их узком, специальном значении. А более широкий диапазон действия международных гарантий предполагает: а) заключение международных договоров, призванных регулировать новые международные проблемы, как-то: региональные конфликты, международный терроризм, пиратство, исчезновение людей, похищение и калечение детей, применение запрещенных видов оружия в вооруженном конфликте и т.п.; б) обеспечение выполнения обязательств, вытекающих из действующих международных договоров в области защиты прав и свобод человека, внешних сношений, международной безопасности, экономических, экологических и других отношений. Несомненно, сферой действия международно-правовых гарантий в текущий момент должны быть охвачены безопасность

торгового судоходства и морских коммуникаций зоны Индийского и Тихого океанов, защита суверенитета прибрежных стран над их природными ресурсами.

Представляется также полезным обращение к инструментарию внутригосударственных средств обеспечения положений международных соглашений. Исходной базой для этого служит инкорпорация всех без исключения международных обязательств в национальное право государств – участников договоров. Большая проблема здесь состоит в насущности обеспечения полноты и всесторонности проводимых мер по включению международных норм во внутреннее право государств. Практическая реализация норм международного права может дать результат только в том случае, если она будет гарантировать политическую волю, прозрачность и координацию осуществляемых мер.

Чрезвычайно остро стоит вопрос о международных гарантиях, которые могут предоставляться странам Азии и Африки. Еще недавно предоставление таких гарантий связывалось с национально-освободительной борьбой народов этих континентов. Современный этап характерен исчезновением колоний и протекторатов с политической карты мира. Однако потребность в гарантиях безопасности (в том числе важной ее экономической составляющей), независимости и территориальной целостности государств – бывших колоний сохраняется. Причиной востребованности гарантий является экспансионистская политика все тех же мировых держав, которые раньше были метрополиями. Они не оставляют попыток так или иначе взять реванш за поражение в войне за национальное и социальное освобождение народов. Предпринимаются новые и новые попытки экономического закабаления молодых стран, присвоения их национальных богатств посредством политики неоколониализма, зачастую с применением оружия и силы во всех ее проявлениях. В таких угрожающих условиях ставка должна делаться на помощь и поддержку развитых миролюбивых государств, которые реально на договорной основе могут дать международные гарантии экономической, политической и военной безопасности Конго, Либерии, Руанде, Чаду, Кубе, Боливии, Никарагуа и многим другим государствам «третьего мира». В предоставлении столь насущных гарантий видится отражение намерения содействовать равному развитию всех стран мирового сообщества в соответствии с теми же целями и принципами ООН.

Перспективы развития гарантий в международном праве будут касаться не только региональных проблем войны или мира или же вообще проблем международного права, развитие событий вызовет определенные подвижки в оценке значимости самих гарантий, но в связи с упомянутыми международными проблемами. Если с этой точки зрения обратиться к видам гарантий, то, на наш взгляд, на первый план выйдет обеспечение независимости и территориальной целостности государств. Этот прогноз основан на учете устоявшейся в мире тенденции образования новых государств, ставящей вопросы их признания, уважения независимости, обеспечения их защиты от агрессии. Безусловно, было бы неоправданным классифицировать гарантии в зависимости от степени их важности, однако представляется, что первичность проблемы обеспечения независимости и территориальной целостности государства делает приоритетными соответствующие ей международно-правовые гарантии. Несколько менее заметное место может занять такой вид международно-правовых гарантий, как поручительство третьего государства, но основанием для его использования станут не столько экономико-финансовые неурядицы, сколько вопросы международной безопасности. Что касается конкретной формы, в которой эти гарантии будут предоставляться, то из числа индивидуальных или коллективных гарантий будут чаще востребованы первые. Дело в том, что индивидуальные гарантии отражают желание того или иного государства выгодно себя проявить, продемонстрировать добрую волю и готовность к поступку, скрытое намерение получить в последующем определенные преференции в отношениях с государством, чьи права и интересы гарантируются. Преимущество индивидуальных гарантий в том, что их введение в практику исключает длительные согласования с государством-партнером, что характерно для коллективных гарантий.

Коль скоро для целей данной работы мы затронули формы гарантий, следует несколько пристальнее сфокусировать внимание на их перспективах. Так, международное сообщество общим гарантиям во многом предпочтет специальные гарантии. Причина здесь видится в невозможности добиться полного урегулирования определенной проблемы с помощью общей гарантии ввиду ее неконкретности, известной размытости и обращенности к персонально неопределенному кругу субъектов международного права. Вместе с тем общие гарантии сослужат хорошую службу специальным, так как они будут заложены в фундамент

специальных гарантий. Но здесь важно, чтобы отданное специальным гарантиям предпочтение оправдало себя, то есть чтобы та цель, которая преследовалась ими, была достигнута. В противном случае может статься, что общие международно-правовые гарантии вопреки своим отмеченным недостаткам будут более практичны и привлекательны для заинтересованных субъектов, нежели специальные гарантии. Более того, при таком раскладе обстоятельств государства могут даже прекратить обращаться к услугам специальных гарантий. Касаясь простых и сложных специальных гарантий, следовало бы воздержаться от сколько-нибудь серьезно претендующих на точность прогнозов относительно их применения. Тем не менее рискнем предположить, что обе эти формы могут рассчитывать на полновесную жизнь. Беря на себя риск оказаться некорректными, еще предположим, что простые гарантии будут специализироваться на обеспечении соглашений об оборонительных союзах и даваться в одностороннем порядке. Сложные гарантии, предполагающие действия уже на взаимной основе, будут служить на поприще урегулирования территориальных проблем между сопредельными государствами и обеспечения неприкосновенности их границ.

Важным элементом будущего в развитии международно-правовых гарантий станет новый подход к реализации прав и обязанностей международных гарантов. Для целей повышения значения субъекта гарантий вполне вероятно санкционирование его права вступать в свои полномочия без просьбы стороны, получающей гарантии, ибо последняя все чаще лишается на практике возможности заявить такую просьбу. При этом запрет на применение вооруженной силы для защиты объекта гарантий остается незыблемым. Действия обратного порядка, то есть неоказание помощи в обеспечение гарантий, затрагивают обязанности гарантов. Их нарушение ставит в повестку дня вопрос о международно-правовой ответственности государства со всеми вытекающими последствиями. На практике нередки случаи невыполнения обязательств гаранта. Это серьезная проблема, требующая выработки механизма призвания виновного к ответственности. Такой механизм должен базироваться на непременном признании распространения на договорные гарантийные обязательства принципа pacta sunt servanda и вытекающей из него презумпции привлечения гаранта к юридической ответственности за ненадлежащее выполнение своих договорных обязательств.

Все затронутые здесь аспекты потенциально способны повысить значение международно-правовых гарантий. Успех в попытке осуществления предполагаемых нами некоторых мер будет означать повышение ценности этого средства в практике обеспечения международных договорных обязательств.

Примерно таковы перспективы развития гарантий в современном международном праве. Практика последних пяти лет свидетельствует о живом интересе государств и международных организаций к международным гарантиям, в том числе к наполнению их новым содержанием, отвечающим новым реалиям. Материал, содержащийся в данной статье, следует рассматривать в контексте поиска путей применения международно-правовых гарантий в практике и их совершенствования.

Библиографический список

Вавилов А.И., Иойрыш А.И., Молодцова Е.С. МАГАТЭ: политико-правовой статус. М., 1992.

О принципах кипрского урегулирования и путях его достижения (Предложения СССР) // Правда. 1986. 22 янв.

Похлёбкин В.В. Межтаджикское соглашение о прекращении гражданской войны и национальном примирении – важный фактор установления мира на Среднем Востоке// Московский журнал международного права. 1998. № 1.

Протокол о гарантиях применительно к Общему соглашению об установлении мира и национального согласия в Таджикистане от 28 мая 1997 г. // Московский журнал международного права. 1998. № 1.

Prospects of Guarantees' Development in the Modern International Law
(Summary)

Ahmed M. Ibragimov[*]

International legal guarantees are forecast by taking into account their current demand as attractive means for states able to secure peaceful regulation of crisis- ridden situations in Afghanistan, Palestine, Cyprus and other unstable regions. From the point of view of securing peaceful usage of nuclear power, in a number of developing countries the IAEA guarantees will arise in the actuality. The success in the usage of these guarantees will depend on such common behavior towards the above- mentioned states which will correspond with the aims and principles of the Organization of United Nations. The truth is also that international guarantees should be filled with a new content which meets the realities of the current period. At the same time they must be applied irrespective of those or other changes a affecting the interests of their subjects. Liabilities on international guarantees should be carried out strictly whatever sorts or forms they are.

Keywords: agreement; guarantees; securing; prospects; development.

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

ПРАВО МЕЖДУНАРОДНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Совещание по взаимодействию и мерам доверия в Азии: системный подход к вопросу об обеспечении региональной безопасности в новом международно-правовом контексте
(часть 2)

Аманжолов Ж.М.[*]

Инициатива Республики Казахстан о создании единой системы азиатской безопасности, как это принято говорить в настоящее время в традиционном узком смысле, несомненно, требует определения правовой природы ее внешней формы – Совещания по взаимодействию и мерам доверия в Азии (далее СВМДА). Однако прежде чем перейти к этому вопросу, нужно учесть, что создаваемое коллективное учреждение государств Азии, кроме таких военно-политических вопросов, как разоружение и контроль над вооружениями, предотвращение вооруженных конфликтов, уменьшение степени риска их появления и эффективное мирное урегулирование, призвано координировать и вопросы сотрудничества государств в других областях. Имеются в виду приоритетные для государств области международных отношений: экономические, научно-технические связи, охрана окружающей природной среды и гуманитарное сотрудничество во всех его аспектах. Следовательно, можно говорить об основах системы безопасности

[*] Аманжолов Жайсанбек Меирбекулы – к.ю.н., доцент кафедры международного права Казахского национального университета имени аль-Фараби (Алматы). zh.amanzholov@mail.ru.

и сотрудничества и о существующей между ними тесной взаимосвязи и взаимозависимости. Широкое международное сотрудничество между азиатскими государствами способствует укреплению не только региональной, но и международной безопасности в целом.

Ключевые слова: Совещание по взаимодействию и мерам доверия в Азии (СВМДА); коллективная безопасность; сотрудничество; Устав ООН.

В марте 1995 г., т. е. в рамках первого подготовительного этапа, начала свою работу на постоянной основе Специальная рабочая группа (СРГ) по подготовке СВМДА. Государства, желающие войти в ее состав, направляют официальное уведомление координатору СРГ, которым является Казахстан. Заседания СРГ будут проводиться в г. Алматы, если не поступит другого решения СРГ по этому вопросу, и по мере необходимости, но не реже одного раза в три месяца. Финансирование своего участия в работе СРГ будет осуществляться каждым государством самостоятельно. Важно отметить, что СРГ не занимается обсуждением политических проблем. Согласно Положению о СРГ по подготовке СВМДА, этот орган не имеет на это соответствующих полномочий. СРГ лишь уполномочена вести подготовку к следующему этапу встреч на более высоком уровне.

Основной задачей СРГ на ближайшую перспективу в рамках первого этапа являлась выработка организационных аспектов подготовки встречи министров иностранных дел государств, заинтересованных в созыве СВМДА, включая такие вопросы, как место проведения и процедурные нормы работы, а также подготовка документов для данного совещания. На втором заседании этого органа, которое состоялось 7–8 сентября того же 1995 г., было принято Положение о СРГ по подготовке СВМДА, рассмотрены проект Правил процедуры СВМДА и проект Декларации принципов, регулирующих отношения между государствами – членами СВМДА, подготовленный Министерством иностранных дел Казахстана. Ноябрьское заседание СРГ 1995 г. дополнило список обсуждаемых вопросов проектом такого документа, как Структура и институты СВМДА. Если последний документ все еще находится на стадии согласования позиций государств-участников, то в вышеназванной Декларации был закреплен декалог принципов, в число которых были включены: **сохранение территориальной целостности; уважение суверенитета и прав государств-членов;**

неприменение силы или угрозы силой; невмешательство во внутренние дела друг друга; мирное урегулирование споров; разоружение и контроль над вооружениями; сотрудничество в торгово-экономической, социальной и культурно-гуманитарной сферах; уважение основных прав человека в соответствии с принципами ООН и международного права[1]**.** Можно считать, что этим самым государства – участники СРГ сделали первый серьезный шаг к созданию СВМДА. На состоявшемся 18–20 апреля 2000 г. очередном заседании СРГ, учитывая это значимое событие, официально было объявлено о завершении первого этапа Совещания и определены главные задачи второго этапа: ими были обозначены, во-первых, необходимость углубления уже имеющихся в Декларации принципов, регулирующих отношения между государствами-членами; и, во-вторых, разработка четкой концепции всех аспектов функционирования СВМДА. Заседание СРГ, которое состоялось 6–7 мая 2008 г. в рамках третьего этапа, включало в повестку дня уже более серьезные вопросы, а именно разработку мер, направленных на реализацию обязательств, предусмотренных в Каталоге мер доверия на основе Положения об учреждении Фонда развития мер доверия; рассмотрение проекта Конвенции о правоспособности, привилегиях и иммунитетах Секретариата СВМДА и его персонала и некоторых других документов.

Нужно заметить, что в целом подписанная Декларация принципов взаимоотношений государств содержит основные принципы международного права, которые квалифицируются как общепризнанные нормы, обладающие высшей юридической силой (jus cogens). Однако в данном контексте нельзя не обратить внимание на то, что представителями научной мысли и официальных органов если не всех, то большинства государств – участников СВМДА поддерживается точка зрения о том, что Декларация хотя и содержит такие нормы, но как неформальный письменный договор не подпадает под регулятивное воздействие международного права. Например, С. Кушкумбаев, представляющий Казахстанский институт стратегических исследований при Президенте РК, как ученый, считает, что «в Декларации … отсутствует императивный подход» и «...это приводит к декларативности ряда положений»[2]. Эту

[1] Декларация принципов, регулирующих отношения между государствами – членами СВМДА // Официальный веб-сайт Министерства иностранных дел Республики Казахстан http:www.mfa.kz/russian/svmdadeclaration.htm.

[2] Кушкумбаев С. СВМДА: поиск оптимальной ниши // Саясат-Policy, № 4. 2008. С. 75.

позицию автора неофициально можно толковать так, что Декларация принципов, регулирующих отношения между государствами – членами СВМДА, не является собственно международным договором, налагающим на государства строгие юридические обязательства в виде jus cogens, а должна рассматриваться как политический документ, где закреплена соответственно договоренность сторон. Вследствие этого существует твердое убеждение государств – участников Совещания в том, что только после безоговорочного признания вышеприведенного перечня принципов всеми государствами-участниками на одном из будущих саммитов – встреч глав государств и правительств Декларация войдет как неотъемлемая часть в текст Итогового документа СВМДА в форме обязательных правил поведения[3].

Относительно вышеобозначенного подхода речь должна идти не столько о форме, сколько о содержании Декларации. В ней закреплены выраженные в концентрированной и обобщенной форме нормы международного права, которые не только общепризнанны, но и общеобязательны. И как раз анализ Декларации, посвященной именно основным принципам международного права, подтверждает ту истину, что из них непосредственно вытекают права и обязанности для государств. В этой связи Декларация, подписанная государствами – участниками СВМДА, опирается на комплекс принципов, закрепленных в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН от 24 октября 1970 г., и Заключительном акте СБСЕ от 1 августа 1975 г. Оба документа также являются политическими, т.е. входят в систему источников так называемого «мягкого права» (soft law), однако исходят из того, что предусмотренные в них нормы-принципы должны соблюдаться. Так, если первый документ призывает «… все государства руководствоваться этими принципами в своей международной деятельности и развивать свои взаимоотношения на основе строгого их соблюдения»[4], то второй документ принципы добросовестного выполнения обязательств по международному праву формулирует таким образом, что на первом месте стоят обязательства, вытекающие из общепризнанных принципов международного права[5]. При этом очень важно акцентировать внимание

[3] См. более подробно: СВМДА: Вопросы и ответы (справочник). Алматы: ЦВПА, 2001.
[4] Действующее международное право … Т. 1. С. 73.
[5] Международное право в документах. М.: Юридическая литература, 1982. С. 17.

на том, что юридически обязательный характер основных принципов признается государствами не только в соответствии с Уставом ООН, но и, как показывает пример этих двух документов, путем принятия международных актов политического характера, которые в большинстве случаев формулируют и развивают содержание этих принципов. В силу этих действий они обладают качеством обычных международно-правовых норм. Отсюда однозначно следует вывод о том, что для всех государств – участников СВМДА эти принципы, закрепленные ими же в Декларации, тоже имеют универсальный, всеобщий и юридически обязательный характер исходя прежде всего из их международно-правовых обязательств перед международным сообществом, а значит и друг перед другом не только в контексте двусторонних взаимоотношений, но и в рамках Совещания в целом.

Особо следует подчеркнуть, что Правила процедуры СВМДА были в дальнейшем приняты с дополнениями на второй встрече министров иностранных дел государств-участников в 2004 г. и представляют собой юридический документ, поскольку приняты от имени участвующих в ней делегаций государств. Эти правила предусматривают, что все государства участвуют в форумах СВМДА как суверенные и независимые государства и в условиях полного равенства. Все решения принимаются на основе консенсуса: достаточно возражения одного из участников, чтобы вопрос был снят с повестки дня. Здесь необходимо отметить, что консенсус сегодня является обязательным принципом в деятельности любой современной международной конференции. Наилучшим образом его содержание раскрыто в Правилах процедуры СБСЕ, которые определяют его как «отсутствие какого бы то ни было возражения, высказанного каким-либо представителем и выдвигаемого им как представляющее препятствие для принятия решения по рассматриваемому вопросу»[6]. Теперь этот принцип заимствован и одним из основных документов деятельности СВМДА. Также СВМДА не знает жесткой повестки дня, т.е. любая делегация вправе поднять любой интересующий ее вопрос. Что касается участников СВМДА, то таковыми пока могут являться все азиатские государства. Но в дальнейшем этот вопрос может быть пересмотрен или скорректирован по той причине, что после определения постоянного круга участников могут появиться новые непредвиденные проблемы, препятствующие развитию процесса СВМДА. Министерство иностранных дел Казахстана, как

[6] Правила международной дипломатии. М.: Международные отношения, 1986. С. 301.

основной государственный орган, занимающийся подготовкой по созыву СВМДА, считает, что государствам Азии отведено достаточно времени для самоопределения.

В зависимости от того, как азиатские государства относятся к инициативе по созыву СВМДА, их можно разделить на активно поддерживающие, достаточно индифферентные и пассивные. К первой категории относятся такие государства, как Кыргызстан, Таджикистан, Узбекистан, Египет, Турция, Иран, Пакистан, Индия, Китай, Израиль и Россия. Ряд государств Юго-Восточной и Западной Азии, хотя и высказывают понимание и поддержку, еще полностью не вовлечены в процесс СВМДА. В частности, такие государства – члены Ассоциации стран Юго-Восточной Азии (АСЕАН), как Бруней-Даруссалам, Камбоджа, Лаос, Филиппины, Индонезия и Мьянма, склонны считать, что уже закреплены в данной субрегиональной организации и обеспечены системой коллективной безопасности. Но тем не менее Таиланд, который также является членом этого учреждения, в ходе проведения в 2004 г. второй встречи министров иностранных дел государств СВМДА стал очередным полноправным участником Совещания. В качестве пассивных государств, которые не проявляют интереса или вовсе не участвуют в деятельности СВМДА, можно, к примеру, назвать Шри-Ланку, Бутан, Непал и в особенности Северную Корею. Последняя, первоначально принимая участие в процессе, затем вышла из него. Здесь же можно назвать некоторые постсоветские государства: Грузию и Армению, которые географически расположены в Азии, но, в отличие от Азербайджана и других своих соседей – Турции, Ирана и России, не вовлечены в создаваемые институты и в целом в структуру СВМДА, и Туркменистан, который, обладая статусом постоянно нейтрального государства или ссылаясь на него, также не желает участвовать в разрабатываемых механизмах Совещания. Однако последнему этот международно признанный статус не помешал стать участником Договора о зоне, свободной от ядерного оружия, в Центральной Азии. В этом контексте нужно учитывать особенно тот факт, что данное правовое положение никак не может противоречить стремлению одного из ключевых в стратегическом отношении центральноазиатских государств как в настоящем, так и в будущем стать полноценным участником СВМДА. Подтверждением тому является пример Австрии и Швейцарии, которые, официально придерживаясь статуса постоянного нейтралитета в международных отношениях,

тем не менее стали членами СБСЕ, а позже и ОБСЕ. Таким образом, на основе вышеизложенного можно сказать, что наибольшую заинтересованность в процессе СВМДА (если говорить в субрегиональном аспекте) проявляют государства Ближнего и Среднего Востока, Центральной и Южной Азии.

Говоря о степени участия азиатских государств в реализации инициативы по созыву СВМДА, нельзя не обратить внимание и на следующее обстоятельство. Дело в том, что в рамках Совещания принято считать всех 20 непосредственных участников его членами. Но с таким подходом трудно согласиться исходя из той позиции, что СВМДА по своему правовому статусу на данный момент представляет собой международную конференцию, а не международную организацию, наделенную необходимой компетенцией на основе учредительного акта, заключенного между государствами в соответствии с нормами международного права, с постоянным характером деятельности, с полным наличием характерной структуры и системы органов, составляющих механизм организации (представительный, исполнительный, судебный или арбитражный органы и другие соответствующие органы). Разумеется, важно признать, что в рамках Совещания постепенно создаются постоянно действующие органы (например, Секретариат), имеются в его деятельности и другие признаки международной организации – метод деятельности в виде обсуждения, переговоров и принятия решений путем голосования или достижения консенсуса, установление связей и сотрудничества с другими аналогичными объединениями государств и международными организациями. Наличия этих критериев, однако, еще недостаточно, чтобы государства – участники Совещания признать членами в полном международно-правовом смысле этого слова. Следует полагать, что данный термин в действующей системе СВМДА применяется по той главной причине, что оно, выступая в качестве межправительственной конференции, участниками которой являются официальные представители государств, склонно рассматривать себя как и в случае с международными межправительственными организациями, субъектом международного права – вторичным или производным, т.е. субъектом, создаваемым всеми 20 государствами. Можно ли согласиться с таким утверждением? Пожалуй, да, но только если рассматривать международные межправительственные организации (принимая во внимание их сущность) как постоянные конференции государств.

Важно подчеркнуть, что как в настоящем, так и в будущем в зону интересов СВМДА могут войти сопредельные и другие государства, относящиеся не столько к другому региону, сколько примыкающие к рассматриваемому региону, и тем самым может быть расширено понятие азиатской безопасности. Ярким примером такого широкого представительства в региональном органе, как уже отмечалось, является ОБСЕ, полноправными членами в которой состоят не только европейские государства. Поэтому вполне допустимо, что завтра можно будет увидеть новых членов СВМДА из числа сегодняшних наблюдателей, среди которых, кстати, могут оказаться, кроме государств, и другие международные межправительственные организации, например ОЭС, Организация Исламская Конференция, ЕврАзЭС, ЕС. Сами же члены в лице как государств, так и международных организаций со временем могут быть подразделены на несколько категорий: действительные, ассоциированные, присоединившиеся.

Перспективы становления СВМДА как международной региональной организации. Этот вопрос занимает особое место среди группы проблем, требующих своего разрешения в связи с реализацией внешнеполитической инициативы Казахстана по созыву СВМДА. Несмотря на то что создание полноценной общеазиатской международной организации является делом далекого будущего, активные государства-участники не скрывают своего намерения видеть в СВМДА региональную организацию безопасности по смыслу главы VIII Устава ООН и как дополняющую ОБСЕ на огромном пространстве Евразии. Существуют много официальных и неофициальных точек зрения по поводу того, какие вырабатываемые модели или уже действующие механизмы могут быть положены в основу деятельности СВМДА. Думается, что следует акцентировать внимание в данном аспекте только на некоторых из них как заслуживающих одобрения, а возможно, и серьезного изучения.

Один из известных в Казахстане экспертов по вопросам международной безопасности У. Касенов отмечал, что СВМДА является вялотекущим процессом. Принимая во внимание сложный характер взаимоотношений между государствами Азии, он видит выход из создавшейся ситуации в том, «чтобы акцент сделать на укреплении безопасности в Центральной Евразии, а не замахиваться на всю Азию», т.е. «регионализировать процесс СВМДА, пойти по пути АСЕАН, которая ограничивает сферу своей деятельности исключительно в регионе

Юго-Восточной Азии»[7]. Он предложил, не отказываясь от инициативы созыва СВМДА в качестве конечной цели, «направить усилия на создание Центрально-Евразийского форума сотрудничества и безопасности»[8]. Не характеризуя основные принципы создания и функционирования такой региональной организации, объективная потребность в которой существует для многих государств Европы и Азии, следует отметить, что данное предложение уже реализуется на первой практической стадии. Проводимые с апреля 1996 г. встречи глав государств и правительств ряда европейских и азиатских государств (вначале в Бангкоке, далее в 1998 г. в Лондоне, в 2000 г. в Сеуле и т.д.) планируется сделать регулярными, раз в два года. Автору статьи представляется, что в будущем встречи на высшем уровне действительно могут приобрести постоянный характер и преобразовываться в реально действующие координационные и контрольные механизмы безопасности и сотрудничества всех заинтересованных центрально-евразиатских государств-участников. Это означает, что в случае создания подобной организации как состоявшегося юридического факта она может составить основу СВМДА с вовлечением в этот процесс и европейских государств. Не стоит доказывать, что такое понятие, как «азиатская безопасность» не может строиться только государствами этого региона, а должно толковаться расширительно (**если на это будет специальное намерение сторон**), включая в систему и соседние государства как принадлежащие не только к другому географическому району, но и как входящие в зону интересов государств Азии. Более того, такая структура, о которой идет речь, сможет содействовать достижению цели, изложенной для окончательного, четвертого этапа в рамках созыва СВМДА в выступлении Президента Республики Казахстан на 47-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН в 1992 г.: созданию единого трансконтинентального Совещания по безопасности и сотрудничеству в Евразии (СБСЕА)[9]. Однако эти утверждения не более чем предположения, и пока рано говорить о перспективности таких шагов.

Происходящая региональная интеграция государств Центральной Азии – Казахстана, Кыргызстана, Узбекистана, Таджикистана, России, а также Беларуси в рамках Евразийского Экономического Сообщества,

---

[7] См.: Ситуация в Центральной Азии и Шанхайская организация сотрудничества. Шанхай: Шанхайский институт международных отношений, 2004. С. 285.

[8] Там же. С. 165.

[9] См.: Выступление Президента РК на 47-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН.

развитие различных форм международного сотрудничества государств – членов Организации Экономического Сотрудничества, Организации Исламская Конференция и Лиги Арабских Государств также могут помочь приумножать связи, объединяющие государства – участники СВМДА и не участвующие в нем государства, что в целом укрепляет азиатскую безопасность. Так можно говорить и потому, что взаимная заинтересованность и экономическая целесообразность, проявляемые в различных организационно-правовых и иных формах сближения в рамках вышеназванных международных организаций, тоже могли бы стать фундаментальной основой для создания общей системы безопасности в регионе. К примеру, государства Центральной Азии, состоявшие в начале 90-х годов членами Центральноазиатского Экономического Сообщества, функционировавшего главным образом на основе Договора о создании единого экономического пространства 1994 г., позже, с участием России, преобразовали данное учреждение в Организацию Центральноазиатского сотрудничества, которая в октябре 2006 г. вошла в состав ЕвразЭС. Относительно других организаций, в частности об ОЭС, можно сказать, что она в последнее время все больше заявляет о себе как о потенциально влиятельном межгосударственном объединении, способном оказать воздействие на урегулирование ближневосточной, курдской и афганской проблем. В течение 1992 г. в эту организацию в качестве полноправных членов были приняты республики бывшего СССР – Азербайджан, Узбекистан, Туркменистан, Кыргызстан, Таджикистан и Казахстан. Представитель Института развития Казахстана Е.М. Абенов в этой связи отмечал, что этой структуре «при желании и проведении соответствующей работы можно придать характер региональной системы коллективной безопасности, в результате которой в перспективе этот регион опирался бы на собственную систему совместной безопасности»[10]. Учитывая, что первоначально членами ОЭС являются такие активные участники СВМДА, как Турция, Пакистан и Иран, можно предположить, что укрепление статуса и авторитета организации в субрегионе пойдет на пользу и должной реализации инициативы по созыву СВМДА.

Регулярно проводимые с 1991 г. встречи глав государств так называемой «шанхайской пятерки», с 2000 г. – «шанхайского клуба», а с 2002 г. – Шанхайской организации сотрудничества и результаты

[10] Абенов Е.М. Внешнеполитические интересы Республики Казахстан: уроки и перспективы // Саясат-Policy, № 4. 1995. С. 68.

их итогов свидетельствуют о том, что создаются необходимые гарантии укрепления региональной безопасности. Так, подписанные главами Казахстана, Кыргызстана, России, Таджикистана и Китая Соглашение об укреплении доверия в военной области в районе границы от 24 апреля 1996 г. и Соглашение о взаимном сокращении вооруженных сил в районе границы от 24 апреля 1997 г. рассматриваются как важный совместный вклад пяти сопредельных государств в дело обеспечения стабильности, безопасности и развития в Азиатско-Тихоокеанском регионе[11]. Принятая 25 августа 1999 г. в ходе Бишкекского саммита Итоговая декларация не только закрепила достигнутые успехи в укреплении мер доверия в районе границы, но и расширила сферы взаимодействия этих государств за счет борьбы с преступностью, развития торгово-экономических отношений в контексте создания хорошего политического климата в регионе.

В частности, в этой Декларации ясно прослеживается решимость сторон «не допускать использования территорий своих стран для организации деятельности, наносящей ущерб суверенитету, безопасности и общественному порядку любого из пяти (**вышеназванных**. – Выделено авт.) государств»[12]. Однако отличительной особенностью Декларации является то, что она не ограничивается мерами укрепления доверия в районе границы, а включает в повестку дня взаимоотношений государств далеко идущие цели и новые направления сотрудничества. Они в дальнейшем нашли свое юридическое закрепление в Хартии Шанхайской организации сотрудничества, принятой в июне 2002 г. уже всеми шестью государствами-членами, включая Узбекистан. В этом документе в качестве новых были обозначены не только укрепление взаимного доверия и добрососедства между государствами-членами, но и развитие эффективного сотрудничества в научно-технической, культурной, энергетической, транспортной и других сферах, а также совместная защита мира, безопасности и стабильности в регионе[13]. Для их реализации в последующие годы в рамках организации начались разработка и утверждение конкретных планов мероприятий

---

[11] См.: Ситуация в Центральной Азии и Шанхайская организация сотрудничества. Шанхай: Шанхайский институт международных отношений, 2004. С. 285.

[12] Материалы Бишкекской встречи глав государств Казахстана, Кыргызстана, России, Таджикистана и Китая (Бишкек, 25–27 августа 1999 г.).

[13] Рахматуллина Г.Г., Бурангалиев А.М. Основные проблемы торгово-экономического сотрудничества государств ШОС // Казахстан•Спектр. Научный журнал. 2007/4 (42). С. 61.

и программ, предусматривающих соответствующие контрольно-правовые механизмы. Все большую целенаправленность в этом отношении приобретает, в частности, деятельность Регионального антитеррористического центра ШОС в г. Ташкенте[14].

Таким образом, следует констатировать, что меры, осуществляемые Казахстаном, Кыргызстаном, Россией, Таджикистаном, Узбекистаном и Китаем в рамках ШОС, приобретают все более комплексный характер и имеют тенденцию к признанию всеми государствами многополюсности международного мира. Кроме того, с созданием ШОС было положено начало формированию принципиально новой системы субрегионального сотрудничества через тесное взаимодействие шести государств с возможным последующим присоединением других стран при условии их согласия следовать принципам и нормам, закрепленным в учредительных актах организации[15]. Поэтому есть все основания утверждать, что «шанхайский процесс» в зависимости от развития содержания межгосударственных отношений сможет послужить реальной и надежной основой для становления СВМДА. Такую точку зрения подтверждает и то обстоятельство, что все государства – члены организации официально выразили свою принципиальную поддержку инициативе по созыву СВМДА.

В последнее время наметилась тенденция, суть которой заключается в том, что процесс создания общеазиатской структуры безопасности может идти по иному пути: с вхождением в XXI век возникает необходимость создания паназиатского учреждения в лице Форума АСЕАН для Азиатского региона (ФААР). Об этом в свое время говорил посол Республики Сингапур в России Марк Хонг Тат Сун на международной конференции, посвященной 30-летию АСЕАН, проходившей в Москве 24 сентября 1997 г.[16] Им тогда был поставлен вопрос о том, сможет ли АСЕАН выступить в качестве ядра такого форума. Если принять во внимание то обстоятельство, что Азия до сих пор является единственным регионом, не имеющим собственного единого механизма безопасности, и уже АСЕАН с 1992 г., можно сказать, имеет основу такого органа в лице государств-членов, расположенных

[14] См.: Добрососедство. Сборник документов и материалов. Астана – Пекин: издательство «Синьхуа», 2001. С. 247.

[15] В настоящее время официально о своем желании вступить в ШОС заявили Монголия, Иран, Индия и Пакистан.

[16] Материалы международной конференции, посвященной 30-летию АСЕАН, организованной МГИМО и МИД России. Москва, 24 сентября 1997 г.

в Юго-Восточной Азии, государств – партнеров по диалогу (Австралия, Япония, Республика Корея, Канада, Новая Зеландия, США, а также Европейский союз) и государств – партнеров по консультациям (Китай, Россия), становится понятным, что данное предложение имеет право на существование. На проводимых в рамках АСЕАН встречах на высшем уровне все вышеперечисленные участники могут обсудить желательность и возможность создания ФААР. К целям создания такой организации можно отнести широкий спектр вопросов по экономическому сотрудничеству, охране окружающей среды, коммуникациям, культурному обмену и т.д. Согласно официально выраженной на вышеуказанной конференции позиции Сингапура, на начальной стадии ФААР мог бы объединить около 20 государств с перспективой включения всех стран Азии. Как известно, АСЕАН уже показала свою компетентность в таких начинаниях, как Зона свободной торговли, Азиатско-Европейская встреча. Она успешно работает с такой организацией, как Азиатско-Тихоокеанское Экономическое Сотрудничество (АТЭС). В качестве несомненного достижения АСЕАН отмечается тот факт, что она стала учреждением для осуществления важного диалогового процесса в Азиатско-Тихоокеанском регионе по актуальным проблемам международной безопасности. Прежде всего имеется в виду создание в 1995 г. в соответствии с решением конференции глав государств и правительств в Сингапуре Регионального форума АСЕАН (РФА)[17]. Данный форум превратился в главный общерегиональный межправительственный механизм многостороннего взаимодействия, в деятельность которого сегодня вовлечены практически все ведущие державы мира. Более конкретно юридическая основа работы РФА была заложена в январе 1995 г. на IV саммите АСЕАН путем принятия Сингапурской декларации, в которой речь шла о необходимости стимулирования внешнеполитического диалога АСЕАН с другими государствами по вопросам безопасности, а также о цели углубления сотрудничества в Азиатско-Тихоокеанском регионе[18]. Это, естественно, должно послужить созданию качественно новой системы безопасности в регионе. Интерес к вступлению в РФА, проявленный внерегиональными государствами, свидетельствует об успехе этого начинания. Такая

[17] Малетин Н.П., Новиков А.О. 30-летие АСЕАН: итоги, проблемы, перспективы // Восток, № 3. 1998. С. 156.

[18] Шреплер Х.-А. Международные организации: Справочник / Пер. с нем. С.А. Тюпаева. М.: Международные отношения, 1995. С. 309.

концепции 70-х годов XX века, как «Зона мира, свободы и нейтралитета» (ZOPFAN), созданная для преодоления последствий холодной войны, была адаптирована к современной международной обстановке. Позже была реализована инициатива АСЕАН о создании зоны, свободной от ядерного оружия, в Юго-Восточной Азии. Соответствующий договор в области нераспространения ядерного оружия был подписан 15 декабря 1995 г. в Бангкоке и послужил примером для заключения подобного международно-правового акта в Центральной Азии 8 сентября 2006 г. Теперь на очереди стоит вопрос об объединении с остальными частями Азии через ФААР (AFAR).

Возникают вопросы: какова будет роль СВМДА и, в частности, как могут выглядеть позиции государств – участников СВМДА при реализации данного предложения? Будет ли СВМДА взаимодействовать с ФААР в создании общеазиатской системы безопасности в случае его образования? Ответы на эти вопросы подскажут в будущем сам характер взаимоотношений азиатских государств и, разумеется, время. У некоторых из них, как на примере с Сингапуром, могут появиться свои подходы относительно решения этих вопросов. Они, как правило, должны обсуждаться и согласовываться с особыми мнениями (если таковые будут иметься) других государств. Пока же состояние международных отношений государств Азии на ближайшую перспективу выносит следующие варианты развития событий. Несмотря на то что еще не все 10 государств – членов АСЕАН подключились к процессу созыва СВМДА, среди них в последнее время зреет понимание того, что инициативы АСЕАН по вопросам укрепления региональной безопасности и идея СВМДА не находятся в противоречии, а гармонично дополняют друг друга. Регионализм этих государств можно использовать при создании СВМДА, так как те из них, которые избегают прямого участия в этом процессе, могут быть представлены самой АСЕАН в качестве международной организации. Такие примеры уже имеются. Большинство государств Ближнего и Среднего Востока представлены в процессе создания СВМДА через свою региональную структуру – Лигу Арабских Государств. Однако для процесса СВМДА более важное значение имеет авторитет АСЕАН как эффективного механизма взаимодействия государств по всем актуальным проблемам, что находит свое отражение в лозунге организации «Единство в многообразии».

В контексте рассматриваемого вопроса заслуживают внимания официальные переговоры Казахстана о присоединении к Региональному

форуму АСЕАН. Существует уверенность в том, что «с вступлением Казахстана в РФА будут созданы устойчивые перспективы для воплощения в реальность идеи евразийского пояса безопасности ОБСЕ – СВМДА – РФА, а также перспективы межрегионального сотрудничества в сфере укрепления безопасности между Центральной и Юго-Восточной Азией»[19]. Между тем достаточно распространенным несколько лет назад было утверждение о том, что создание азиатской системы межрегиональной безопасности затруднено в связи с достаточной разнородностью государств Азиатско-Тихоокеанского региона и Центральной Азии в географическом, экономическом и политическом плане[20]. Сюда же можно отнести отсутствие общего культурного, идеологического и исторического опыта, которое позволяет считать экономический фактор преобладающим в межрегиональных взаимоотношениях[21]. В этой связи следует отметить, что на самом деле «все региональные структуры, функционирующие в Азии, в основном созданы исходя из географических и торгово-экономических интересов»[22]. В отличие от них СВМДА через свои институты и механизмы охватывает практически все сферы безопасности и сотрудничества в регионе. Можно сказать, что по этой причине азиатские государства проявляют огромную заинтересованность в дальнейшем укреплении межрегионального диалога по вопросам коллективной безопасности в рамках Совещания. При этом эти же государства осознают, что для достижения общей цели – превращения Азии в единый во всех отношениях регион – необходимо активное сотрудничество СВМДА со всеми другими действующими азиатскими региональными и субрегиональными организациями: ШОС, АТЭС, ЛАГ, АСЕАН, ОЭС, ОИК, Ассоциацией регионального сотрудничества государств Южной Азии, Азиатским диалогом сотрудничества (АДС). Началом реализации отмеченной цели должно стать планируемое по инициативе самого СВМДА проведение Конференции всех азиатских региональных и субрегиональных организаций, на которой будут обсуждаться главным образом новые вызовы и угрозы азиатской безопасности в эпоху глобализации. Учитывая другую цель, но уже конечную – постепенное формирование

[19] Алесин В.И. Предпосылки формирования глобальной системы коллективной безопасности // Казахстан•Спектр. Научный журнал. 2005/4 (34). С. 17–18.

[20] Должикова О.О. Указ. соч. С. 53.

[21] Там же.

[22] Искандаров А. СВМДА как диалоговый форум превентивной дипломатии // Саясат-Policy, № 3. 2007. С. 23.

«пояса безопасности» в Евразии – СВМДА следует также устанавливать тесные связи с аналогичными межгосударственными организациями Европы и Евразии – ЕС, НАТО, Советом Европы, ЕврАзЭС, СНГ и ОДКБ. К настоящему времени из всех вышеназванных учреждений взаимодействие СВМДА начинает переходить в практическую плоскость, пожалуй, лишь с ОБСЕ. Показательным в этом отношении является участие представителей Секретариата Совещания в семинаре ОБСЕ «Средиземноморское партнерство: от рекомендаций к имплементации», который проходил 6–7 ноября 2007 г. в Шарм-эль-Шейхе (Египет).

Важно обратить особое внимание на то, что в налаживании и развитии отношений СВМДА с другими организациями как Азии, так и Европы могут оказать активное содействие государства – участники Совещания. Например, Турция, как государство – член НАТО и ОБСЕ и как государство – кандидат для вступления в ЕС, и Таиланд, как государство – член АСЕАН и АТЭС и как государство – соучредитель АДС, могут внести свой вклад в сотрудничество СВМДА с региональными объединениями Европы и Азии.

Библиографический список

Абенов Е.М. Внешнеполитические интересы Республики Казахстан: уроки и перспективы // Саясат-Policy, № 4. 1995.

Алесин В.И. Предпосылки формирования глобальной системы коллективной безопасности // Казахстан×Спектр. Научный журнал. 2005/4 (34).

Добрососедство. Сборник документов и материалов. Астана – Пекин: издательство «Синьхуа», 2001.

Искандаров А. СВМДА как диалоговый форум превентивной дипломатии // Саясат-Policy, № 3. 2007.

Касенов У.Т. Безопасность Центральной Азии: национальные, региональные и глобальные проблемы. Алматы: Университет «Кайнар». Центр стратегических и международных исследований, 1998.

Кушкумбаев С. СВМДА: поиск оптимальной ниши // Саясат-Policy, № 4. 2008.

Малетин Н.П., Новиков А.О. 30-летие АСЕАН: итоги, проблемы, перспективы // Восток, № 3. 1998.

Международное право в документах. М.: Юридическая литература, 1982.

Правила международной дипломатии. М.: Международные отношения, 1986.

Рахматуллина Г.Г., Бурангалиев А.М. Основные проблемы торгово-экономического сотрудничества государств ШОС // Казахстан×Спектр. Научный журнал. 2007/4 (42).

СВМДА: Вопросы и ответы (справочник). Алматы: ЦВПА, 2001.

Шреплер Х.-А. Международные организации: Справочник / Пер. с нем. С.А. Тюпаева. М.: Международные отношения, 1995.

Conference on Interaction and Confidence-Building Measures in Asia: A Systematic Approach to Ensuring Regional Security in the New Context of International Legal Issues (Part II) (Summary)

*Zhaisanbek M. Amanzholov**

Kazakhstan's foreign policy initiative to convene the Conference on Interaction and Confidence-Building Measures in Asia (CICBMA) is a response to the existing need to create a unified regional system of collective security and cooperation. Such a conference is necessary because, unlike other continents, Asia still lacks a properly functioning mechanism of legal control and regulation. The activities of international institutions operating in this part of the globe are mostly sub-regional and closed in their nature. Therefore, it is necessary not only to establish an inter-regional dialogue between these institutions, but also unite them under a single regional organization.

Keywords: Conference on Interaction and Confidence-Building Measures in Asia (CICBMA); collective security; cooperation; UN Charter.

* Zhaisanbek M. Amanzholov - Ph.D in Law, associate professor of the Chair of International Law of the Kazakh National University named after Al Farabi (Almaty). zh.amanzholov@mail.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО

Международное гуманитарное право о новых видах оружия

*Котляров И.И.**

В статье дается критический анализ ст. 36 (Новые виды оружия) Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. о защите жертв войны. Понятие «новые виды оружия» следует рассматривать в контексте существующих в государствах и в целом в мировом сообществе на данный момент известных групп вооружений и боевой техники, на одни из которых установлены запреты или ограничения на использование в период вооруженных конфликтов, применение других – дозволено. Отсутствие в названной ст. 36 определения понятия «новые виды оружия» обрекает государства на трудности в выполнении ее положений, считает автор и формулирует свое определение новых видов оружия, раскрывает его содержание. Значительное внимание в статье уделяется необходимости установления государствами запретов на применение космического оружия как разновидности нового оружия.

Ключевые слова: международное гуманитарное право; Дополнительный протокол I 1977 г.; новые виды оружия; чрезмерные повреждения и излишние страдания; обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде; космическое оружие; меры по имплементации ст. 36 Дополнительного протокола I.

Каждое государство для обеспечения национальной безопасности и стабильности оснащает свои вооруженные силы современным

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

вооружением и боевой техникой. С учетом этих процессов, а также в связи с усиливающимся научно-техническим прогрессом в области создания вооружений в ст. 36 Дополнительного протокола I 1977 г. к Женевским конвенциям о защите жертв войны от 12 августа 1949 г. закреплена норма, согласно которой «*при изучении, разработке, приобретении или принятии на вооружение новых видов оружия, средств или методов ведения войны Высокая Договаривающаяся Сторона должна определить, подпадает ли их применение, при некоторых или при всех обстоятельствах, под запрещения, содержащиеся в настоящем Протоколе или в каких-либо других нормах международного права, применяемых к Высокой Договаривающейся Стороне*»[1] (выделено нами. – И.К.).

Что же понимается под термином «новые виды оружия»?

В международно-правовых актах, доктрине международного гуманитарного права и комментарии к Дополнительному протоколу I не дается определения понятия «новые виды оружия» и не раскрывается его содержание. По-видимому, это связано с тем, что это понятие не является чем-то застывшим, а находится в процессе постоянного совершенствования в силу того, что на определенных этапах развития общества под воздействием научно-технического прогресса появляются новые и модернизируются старые вооружения.

Так, например, профессор А.И. Иойрыш отмечает, что в преддверии заключения Конвенции о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду 1977 г. многие исследователи относили «средства воздействия на природную среду» к «новым видам вооружений»[2].

Понятие «новые виды оружия» следует рассматривать в контексте существующих в государствах и в целом в мировом сообществе на данный момент известных групп вооружений и боевой техники, причем на одни из них установлены запреты или ограничения на использование в период вооруженных конфликтов, а применение других – дозволено.

В нашем случае речь идет о вновь создаваемых или приобретаемых новых видах оружия и/или боевой техники, технические характеристики (поражающие факторы) которых, а также методы использования которых в условиях вооруженных конфликтов неизвестны,

---

[1] См.: Международное гуманитарное право в документах. Сост. Ю.М. Колосов и И.И. Котляров М.: МНИМП, 1996. С. 356.

[2] Иойрыш А.И. Научно-технический прогресс и новые проблемы права. М., 1981. С. 39.

а правомерность их применения оценивают сами государства как приобретатели или создатели такого оружия.

Нельзя сбрасывать со счетов и тот факт, что разработка, создание и принятие на вооружение государствами новых видов оружия и боевой техники зачастую для «широкой публики» остаются закрытыми, и в этом отношении трудно рассчитывать на то, что государство – соискатель нового оружия добровольно станет проверять его на предмет правомерности применения, как того требует ст. 36 Протокола I. Тем более «оправдываться» перед мировым сообществом в том случае, если вновь созданное оружие противоречит международному праву. Хотя авторы комментария к Дополнительному протоколу I придерживаются другой точки зрения на этот счет.

В частности, в нем отмечается, что государство, которое уважает обязательство, предусмотренное в ст. 36, и определит, что новое оружие запрещено, не обязано делать свои открытия публичными. Оговорка довольно понятна, так как современная стратегия очень часто полагается не на использование военных средств в традиционном виде, а на новые возможности, получаемые от исследований и состоящие в том, чтобы создать дисбаланс военных сил по отношению к противнику именно методами превосходящей технологии в форме новых видов оружия. Однако ст. 36 содержит в себе прогресс, так как она заполняет пустое пространство на международном уровне. Она предполагает обязательство установления внутренних процедур с целью определения законности создаваемых видов оружия, и другие договаривающиеся стороны могут запросить информацию по данному вопросу[3].

В современных условиях, когда для государств практически всех регионов мира существует множество внутренних и внешних угроз, названная статья в некотором роде является утопической, так как существующие в настоящее время запреты на применение средств ведения войны для своего времени также относились к категории новых видов оружия, но запрещенными для применения они стали под большим давлением мировой общественности посредством заключения международных договоров. Примером тому являются Конвенция

[3] См.: Pilloud Claude, De Preux Jean, Sandoz Yves [and others]. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: International Committee of the Red Cross. Martinus Nijhoff Publishers, 1987. Ст. 1469. P. 421–428.

о запрещении химического оружия 1993 г., Конвенция о запрещении противопехотных мин 1997 г. и др.

Не комментируя содержание ст. 36 Протокола I, тем не менее достаточно высокую оценку ей дает Х.-П. Гассер; по его мнению, эта статья представляет своего рода «требование оценки проектов новых систем вооружений с гуманитарной точки зрения»[4], с чем трудно не согласиться. Но, с другой стороны, она является, на наш взгляд, достаточно проблемной с содержательной и практической точек зрения уже только потому, что, как выразился цитируемый автор, содержит лишь «требование оценки проектов…». При отсутствии четкой и согласованной нормы о порядке ее реализации нам представляется, что названное требование превращается в декларацию. С формально-правовой точки зрения ст. 36 Протокола I является одним из обязательств государств – участников этого документа, которое должно ими безусловно выполняться. Деятельность государств на предмет определения правомерности применения новых видов оружия включает, исходя из ст. 36 Протокола I, ряд процедур в зависимости от того, на какой стадии находится процесс его создания или приобретения: например, на этапе заводских испытаний, покупки по контрактам от производителей других государств или же на этапе изучения, разработки или принятия на вооружение.

Цель этой статьи заключается в том, чтобы предостеречь государство как потенциального производителя (приобретателя) нового оружия от возможных нарушений норм международного гуманитарного права.

Критерии правомерности создания новых видов оружия, методов его использования сводятся к определению того, «подпадает ли их применение, при некоторых или при всех обстоятельствах», под запрещения, содержащиеся в Протоколе I или «в каких-либо других нормах международного права, применяемых к Высокой Договаривающейся Стороне».

Еще в конце XIX в. профессор М. Догель в своем труде отмечал, что на войне воспрещается употребление комбатантами такого рода оружия, без нужды увеличивающего страдания раненых или делающего каждую рану смертельной[5]. Как бы продолжая его мысль, но уже

---

[4] См.: Гассер Х.-П. Международное гуманитарное право. Введение. М.: МККК, 1994. С. 81.

[5] Запреты на применение на войне такого рода оружия мы встречаем еще в Средние века. Сумнер Мэн прекрасно излагает всю историю подобного рода запрещений и дает нам

в наше время, Э. Давид отмечает, что, когда государства создают или приобретают оружие нового типа, они должны удостовериться, не будет ли его применение нарушением норм права вооруженных конфликтов, под которыми они поставили свои подписи (Санкт-Петербургская декларация, последний абзац; Дополнительный протокол I, ст. 36). Независимо от того, существуют ли какие-либо регламентирующие акты или нет, нельзя использовать оружие нового типа, если оно причиняет комбатантам бессмысленные страдания, обладает неизбирательным действием или в целом нарушает законы человечности или требования общественного сознания, изложенные в оговорке Мартенса; другими словами, в том случае, когда оно применяется с нарушением основных норм права вооруженных конфликтов[6].

В современных условиях ситуация с выполнением государствами ст. 36 Протокола I осложняется еще и тем немаловажным фактором, что среди государственных деятелей, ученых, военных, дипломатов нет единого подхода к правовой оценке существующих средств ведения войны (пример тому – ядерное оружие). Более того, далеко не все государства являются участниками существующих договоров по международному гуманитарному праву (например, США до сих пор не стали участником Дополнительного протокола I). Поэтому не удивительно, что на сегодняшний день не существует единого «оценочного» критерия, который позволял бы государствам определять, какие вновь созданные виды оружия должны подлежать запрету.

Теоретически, как правильно отмечают названные выше ученые, государства не должны применять в вооруженных конфликтах новые виды оружия, которые противоречат нормам международного гуманитарного права. Но юридически и фактически ст. 36 Протокола I таких требований не содержит, скорее всего, она является декларативной, так как не требует определенного должного поведения государств

картину постепенного развития идеи о незаконности на войне таких боевых средств, которые без нужды увеличивают страдания раненых. В 1139 г. на Латранском соборе были преданы проклятию арбалеты, которые названы “ars illa mortifera et Deo odibilis”; введение огнестрельного оружия в войсках было также первоначально принято с негодованием. Байяр, «рыцарь без страха и упрека», приказывал своим солдатам не давать пощады врагам, вооруженным аркебузами. Папа Иннокентий III буллой воспретил употребление огнестрельного оружия в войсках между христианами; равным образом долгое время считались вероломными врагами неприятели, вооруженные мушкетами, карабинами, ружьями со штыками. См.: Догель М. Юридическое положение личности во время сухопутной войны. Комбатанты. Казань, 1894. С. 265.

[6] Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. М.: МККК., 2000. С. 287.

даже в том случае, если ими будет выявлена противоправность создания и применения нового вида оружия.

Как мы видим, в формулировке указанной статьи просматривается недосказанность, она не имеет логического завершения в том плане, что не предписывает государствам (не вменяет им в обязанность) устанавливать запрет на применение созданного или приобретенного ими оружия в случае противоречия его тактико-технических характеристик, поражающих факторов международному праву.

Несовершенство[7] формулировок ст. 36 Протокола I очевидно с учетом того, что уже было сказано выше: в данном случае речь идет о достаточно неопределенной фразе: «подпадает ли их применение, при некоторых или при всех обстоятельствах…». Что она может означать для экспертов, назначенных в комиссию по определению правомерности применения новых видов оружия? Какое может быть наиболее правильное толкование и понимание ее юристами?

Нам представляется, что критерием правомерности создания и применения новых видов оружия должны быть принципы и нормы общего международного права, международно-правовые акты, относящиеся к международному гуманитарному праву, включая Дополнительный протокол I, и содержащие запреты на использование средств ведения войны, которые обладают определенными антигуманными поражающими свойствами:

а) причиняют чрезмерные повреждения и излишние страдания;

б) обладают неизбирательным действием;

в) ведут к неизбежной смерти;

---

[7] На пробелы ст. 36 Дополнительного протокола I нами указывалось и ранее. В частности, речь шла о том, что названная статья довольно расплывчата и ни к чему не обязывает участников Дополнительного протокола I. Неясно в ней также, какова процедура определения соответствия новых видов оружия международному праву, какой орган должен этим заниматься, каковы дальнейшие действия государств после экспертной оценки? Как поступать государствам в том случае, если, например, приобретенное оружие противоречит международному праву, или в случае отсутствия прямого запрета на его применение, хотя по существу оно является антигуманным? Примером тому является упоминавшееся ядерное оружие. Научно-технический прогресс в деле создания новых вооружений зачастую опережает развитие международного права. Поэтому соблюдение ст. 36 в такой формулировке создает естественные трудности для ее реализации. См.: Котляров И.И. Международное гуманитарное право. М., 2006. С. 172–173. См. также: Батырь В.А. Международно-правовая регламентация применения средств ведения вооруженной борьбы в международных вооруженных конфликтах // Государство и право. 2001. № 10. С. 66.

г) наносят обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде.

Причем для признания новых видов оружия в качестве противоправного средства ведения войны достаточно того, чтобы они обладали хотя бы одним из названных выше антигуманных свойств.

Таким образом, *новые виды оружия*, на наш взгляд, можно *определить как оружие, технические характеристики которого требуют правовой оценки при изучении, разработке, приобретении или принятии на вооружение на предмет соответствия принципам и нормам общего международного права, отраслевым принципам и нормам международного гуманитарного права, запрещающим причинять чрезмерные повреждения и излишние страдания, обладать неизбирательным действием, вести к неизбежной смерти, наносить обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде.*

В случае установления независимой экспертизой, что вновь созданные виды оружия противоречат международному праву, государство обязано запретить его разработку, приобретение у других государств, принятие на вооружение и применение в случае вооруженного конфликта.

При проведении экспертной оценки новых видов оружия нельзя сбрасывать со счетов и субъективный фактор, в силу того что государствами не выработаны также и единые процедуры проведения такой экспертизы (помимо отсутствия «оценочного» критерия оружия, о чем мы говорили выше).

В такой ситуации одни государства могут рассматривать вновь созданные ими виды оружия как соответствующие международному праву, другие – занимать противоположную точку зрения и настаивать на его запрещении.

Так, известно, например, что в 2007 г. США завершили разработку специальных кассетных бомб, оснащенных механизмом самоуничтожения, а также продолжают разработку нового оружия, которое в некотором роде напоминает молнию, мощную настолько, что ее использование позволит «изжарить» любое электронное оборудование. Конструкторы пытаются оборудовать самолет или крылатую ракету так называемым High-Powered Microwave (HPM) лучом. Небольшой импульс будет летальным для электроники и совершенно безвредным для людей. Эксперты предполагают, что первые версии данного ору-

жия будут использованы во время войны с Ираком, которая в очередной раз обещает стать испытательным полигоном[8].

Кроме того, как правильно отмечает академик В. Белоус, США предпринимают настойчивые попытки обеспечить себе особое положение в мире, прочно занять лидирующее положение в системе международной безопасности, обеспечить подавляющее военное превосходство над любым потенциальным противником[9].

Над созданием новейших образцов вооружений работают и многие другие государства. Так, Индия в целях обеспечения своей безопасности намерена приступить к разработке новейших систем вооружения – так называемого «оружия будущего». Об этом заявил премьер-министр страны Манмохан Сингх в эфире телеканала NDTV[10].

Россия также, будучи озабочена внешними и внутренними угрозами национальной безопасности и стабильности, предпринимает должные усилия по обеспечению Вооруженных Сил современными видами вооружения и боевой техники[11].

Возникает вопрос: давалась ли правовая оценка названным выше образцам оружия на предмет соответствия их международному гуманитарному праву, правомерно ли применение тех же американских кассетных бомб в вооруженных конфликтах? Вправе ли государство настаивать на проведении правовой оценки вновь создаваемых (созданных) другими государствами образцов оружия, технические характеристики которых вызывают сомнения в правомерности принятия их на вооружение или применение которых вовсе противоречит международному праву? То есть фактически речь идет об осуществлении международного контроля над процессом создания новых вооружений. Заметим, что на проведение международного контроля государства далеко не всегда соглашаются даже в отношении тех вооружений, которые они готовы поставить под запрет.

Несомненно, на поставленные вопросы ст. 36 Протокола I ответа не дает. Его можно получить только от государств, заинтересованных в согласованном разрешении поставленных проблем, путем принятия соответствующего договорного документа.

---

[8] http://www.hizone.info/index.html?di=200301

[9] http://viperson.ru/wind.php?ID=10434

[10] http://www.podrobnosti.ua/power/security/2006/05/14/312448.html

[11] Однако качественный анализ показывает, что доля современных образцов вооружения и военной техники России составляет 20–30%, в то время как в современных армиях мира этот показатель – более 70%.

Очевидно, что в современных условиях глобализации международных отношений государства, имеющие экономический и военный потенциал для создания новых видов оружия и создающих его, вряд ли поступятся своими узкокорыстными интересами ради решения общемировых гуманитарных проблем, особенно те из них, которые в силу собственных амбиций предпочитают навязывать свои правила игры международному сообществу.

В связи с этим нельзя не процитировать речь Президента РФ В.В. Путина на Мюнхенской конференции по вопросам политики безопасности в феврале 2007 г., где он отчетливо заявил: «Мы видим все большее пренебрежение основополагающими принципами международного права. Больше того, отдельные нормы, да, по сути, чуть ли не вся система права одного государства, прежде всего, конечно, Соединенных Штатов, перешагнула свои национальные границы во всех сферах: и в экономике, и в политике, и в гуманитарной сфере – и навязывается другим государствам»[12].

На 28-й Международной конференции Красного Креста и Красного Полумесяца была принята Повестка дня для гуманитарной деятельности, дополнением к которой в рамках МККК было разработано Руководство по осуществлению правовой оценки законности новых видов оружия, средств и методов ведения военных действий (Меры по имплементации статьи 36 Дополнительного протокола I 1977 года)[13].

Сразу же отметим неудачное название этого документа – Руководство[14] – как неизвестный до сих пор «источник» международного права; правильнее было бы назвать его комментарием к ст. 36 Протокола I или рекомендациями в силу того, что межгосударственным отношениям присущ координационный, а не субординационный характер.

Целью названного Руководства является оказание помощи государствам в установлении или усовершенствовании процедур

[12] Мюнхенская речь Путина. http://kremlin.ru/

[13] Далее – Руководство. Сайт МККК: http://www.icrc.org/web/rus/siterus0.nsf/htmlall/new-weapons-publication-190106?open document

[14] Название указанного документа ассоциируется с разновидностью источников (подзаконных правовых актов) внутригосударственного, а не международного права. К тому же правильным было бы говорить не о «…законности новых видов оружия …» (законы не являются источниками международного права), а о их правомерности как более правильном термине применительно к межгосударственным отношениям. Более того, в полном названии Руководства термин «законность» является излишним в силу того, что в нем речь идет о правовой оценке (т.е. оценке на предмет правомерности, «законности») новых видов оружия. Сайт МККК – www.icrc.org/rus.

по определению *законности* (точнее, правомерности. Выделено нами. – И.К.) новых видов оружия, средств и методов ведения военных действий в соответствии со ст. 36 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям 1949 г.

Предлагая интерпретации текста ст. 36 Протокола I и практики государств, данное Руководство описывает как смысловые, так и процедурные аспекты, которые необходимо учесть при установлении механизма определения правомерности применения новых видов оружия. Согласно Руководству, правовой анализ на предмет соответствия международному праву применим как к видам оружия в самом широком смысле этого слова, так и к методам их применения, учитывая тот факт, что средства ведения военных действий не могут быть подвергнуты оценке без учета ожидаемого метода их использования. В нем верно отмечается, что правовой основой анализа является международное право, применимое в отношении государств, включая международное гуманитарное право**.** В частности, Руководство справедливо относит к международно-правовой базе при оценке новых видов оружия договорные и обычные запрещения и ограничения на использование отдельных видов оружия, а также общие нормы международного гуманитарного права, применимые ко всем методам и средствам ведения военных действий.

Бесспорно, этот документ весьма полезен для государств, так как он нацеливает их на добросовестное выполнение своих обязательств по международному гуманитарному праву.

Руководство представляет собою своего рода методику, устанавливающую единые критерии для государств при изучении, разработке, приобретении или принятии на вооружение новых видов оружия на предмет соответствия их принципам и нормам международного права. Проявленная инициатива МККК заслуживает всяческого одобрения в силу того, что значительно облегчает установление в конечном итоге правомерности применения вновь созданного (создаваемого) оружия и методов его использования.

В то же время Руководство содержит и некоторые неточности, устранение которых облегчило бы понимание этого документа специалистами государств. Так, сам стиль изложения положений Руководства больше напоминает документ, изданный надгосударственным органом, который «обязывает государства» обеспечить правомерность всех новых видов оружия, средств и методов ведения военных действий путем

осуществления строгого и междисциплинарного анализа. В нем говорится, что «статья 36 Дополнительного протокола I требует того, чтобы *каждое государство – участник Женевских конвенций определило* (выделено нами. – И.К.), будет ли внедрение любых новых видов оружия, средств или методов ведения военных действий, которые оно изучает, разрабатывает, приобретает или принимает к использованию в некоторых или во всех обстоятельствах*, запрещено международным правом»* (выделено нами. – И.К.).

Неточность редакции цитируемого положения Руководства состоит в том, что «каждое государство – участник Женевских конвенций» не может в одностороннем порядке юридически определить, будет ли внедрение создаваемых им образцов нового оружия и методов его применения «запрещено международным правом», так как международное право, его источники представляют согласованное мнение всех государств – участников соглашения по поводу запрещения тех или иных видов оружия, а не только позицию государства – соискателя новых средств и методов ведения войны[15].

На самом деле требование, предъявляемое к государствам ст. 36, совсем иное – «*определить, подпадает ли их применение,* при некоторых или при всех обстоятельствах, *под запрещения* (выделено нами. – И.К.), содержащиеся в настоящем Протоколе или в каких-либо других нормах международного права, применяемых к Высокой Договаривающейся Стороне». И даже если государство в результате правовой оценки новых видов оружия придет к заключению о дозволенности его применения как средства ведения войны, то этот односторонний вывод вовсе не будет являться бесспорной истиной для остальных государств.

Об этом фактически речь и идет в упоминавшемся Комментарии к Протоколу I, в котором отмечается, что требование определения правомерности применения новых видов оружия, предъявляемое к государствам данной статьей (ст. 36. – Примеч. наше. И.К.), не имеет цели создать иллюзорную норму (стандарт), что применение оружия

[15] В то же время договорная практика государств свидетельствует о том, что мнения участников переговоров по поводу запрещения тех или иных видов оружия порою настолько противоречивы, что после проведения многолетних дискуссий так и не удается прийти к согласию и заключить договор. Пример тому – Проект статей Комиссии международного права об ответственности государств. См.: Лукашук И.И. Кодификация права международной ответственности // Московский журнал международного права. 2002. № 3. С. 3–15.

запрещено или разрешено потому, что такое положение не закреплено в международно-правовом акте, но хочется верить, что обязательство делать такие определения будет гарантировать, что средства и способы ведения войны не будут приняты на вооружение без тщательного изучения вопроса правомерности его создания. От государства не требуется предвидеть или проанализировать все возможные варианты противоправного использования оружия, так как почти любое запрещенное оружие может быть использовано вопреки существующим запретам[16].

В Руководстве, как и в самой ст. 36 Протокола I, речь идет о новых видах оружия, средствах и методах ведения войны, что противоречит п. 1 ст. 35 Протокола I[17], в котором говорится лишь о методах и средствах ведения войны, исходя из того, что термин «оружие» охватывается понятием «средства». И это подтверждается п. 2 этой же статьи, в которой речь идет о запрете «применять оружие, снаряды, вещества и методы ведения военных действий».

Как мы видим, в п. 2 ст. 35 термины «оружие, снаряды, вещества…» излишне детализируют понятие «средства», о которых говорится в п. 1 ст. 35 Протокола I. То есть говорить в ст. 36 Протокола I и комментарии к нему о трех понятиях: «оружии», «средствах» и «методах» – значит вносить путаницу в текст, и так страдающий рядом пробелов и неточностей, о которых говорилось выше.

Консультативная служба МККК оказывает значительную помощь по имплементации норм международного гуманитарного права в национальное законодательство, включая ст. 36 Протокола I. Ввиду того, что в Дополнительном протоколе I не уточняется, каким образом следует устанавливать соответствие методов и средств ведения войны нормам международного права, о чем мы уже говорили, Консультативная служба рекомендует каждому государству-участнику самостоятельно принимать административные меры, позволяющие им выполнить свои обязательства, предусмотренные ст. 36: от создания специального комитета по установлению такого соответствия до передачи определенных

[16] См.: Pilloud Claude, De Preux Jean, Sandoz Yves [and others]. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: International Committee of the Red Cross. Martinus Nijhoff Publishers, 1987. Ст. 1469. P. 421–428.

[17] Напомним, что в п. 1 ст. 35 Протокола I говорится: «В случае любого вооруженного конфликта право сторон, находящихся в конфликте, выбирать методы и средства ведения войны не является неограниченным (выделено нами. – И.К.).

полномочий отдельным структурам министерства обороны, начальнику военной юридической службы или каким-либо иным службам вооруженных сил.

Государствам рекомендуется проводить такой правовой анализ как можно раньше – на стадии изучения и разработки новых видов оружия или на этапе их приобретения и принятия на вооружение, но в любом случае эта работа должна быть проделана до того, как встанет вопрос об их применении. В тех странах, где имеются национальные комитеты по имплементации международного гуманитарного права, властным структурам рекомендуется сотрудничать с ними в деле принятия процедуры установления соответствия новых видов оружия нормам международного права[18].

Надо заметить, что некоторые рекомендации Консультативной службы вызывают сомнения в их правомерности. Так, по мнению специалистов этой службы, действие ст. 36 Протокола I распространяется также на существующие виды оружия, средства и методы ведения войны, если они подверглись изменению уже после того, как было установлено их соответствие нормам международного права. То есть речь идет о распространении ст. 36 и на вооружения, которые после правовой оценки на предмет правомерности применения подверглись модернизации, что формально противоречит указанной статье, так как в ней не содержится такое требование к государствам.

Более того, Консультативная служба считает, что правовой оценке на предмет правомерности применения оружия должны подвергаться также вооружения, подлежащие экспорту, несмотря на то, что это обязательство специально не оговаривается в ст. 36 Протокола I. Строго говоря, в ст. 36 Протокола I говорится о проверке правомерности применения новых видов оружия приобретателем такого оружия, а не экспортером.

Таким образом, ни положения Руководства, ни расширенное толкование ст. 36 не приведут к желаемому результату, если государства сами не придут к взаимоприемлемому и согласованному решению о необходимости изменения юридического содержания ст. 36 Протокола I.

Проблема недопустимости применения воюющими космического оружия для бомбардировок объектов на земле и в космосе. Рассматривая проблему создания и применения новых видов оружия, нельзя не сказать о недопустимости использования оружия в космосе

[18] Сайт МККК – www.icrc.org/rus

и из космоса в отношении Земли в силу того, что такая опасность в современных условиях является далеко не беспочвенной.

Еще задолго до начала космической эры в США и других государствах активно обсуждались проекты создания оружия, предназначенного для размещения в околоземном космическом пространстве и даже на Луне. Начало практической деятельности по исследованию и использованию космоса стало своеобразным сигналом к переводу проектов космического оружия в стадию практической реализации. Такое оружие, по расчетам авторов, выполняющих заказы самых консервативно настроенных политических и военных группировок, а также руководителей военно-промышленных комплексов, должно обеспечить возможность поражения целей не только в космическом пространстве, но и на поверхности планеты –на суше и в Мировом океане.

Перед лицом столь лихорадочной активности западных государств, стремящихся расширить масштабы военной деятельности в космосе, резко возросла потребность в скорейшей выработке международно-правовых норм, которые запретили бы вывод в космическое пространство и боевое применение оружия любого рода, что мы отмечали ранее[19].

Что представляют собою *космические вооружения*? Это совокупность *космических комплексов, космических систем* и средств, предназначенных для решения военных задач в космосе и из космоса. Появление этого термина связано с возможным использованием космического пространства в военных целях и разработкой для этого специального космического оружия, основанного на новейших научных достижениях и открытиях[20].

---

[19] См.: Котляров И.И. «Звездный мир» против «звездных войн». Политико-правовые проблемы. М., 1988. С. 129.

[20] В рамках космических программ ряда стран разрабатываются космические вооружения следующих видов: кинетическое оружие, оружие направленной энергии, включающее лазерное, ускорительное (на пучках нейтральных и заряженных частиц) и сверхвысокочастотное (СВЧ), использующее в качестве источника энергии мощные СВЧ-генераторы либо ядерный взрыв. Этим оружием предполагается оснащать боевые космические станции (платформы), другие боевые космические аппараты и противоспутниковые боевые системы. Для боевых космических аппаратов создаются высокоэффективные, в основном активно-пассивные оптико-электронные, средства обнаружения, сопровождения целей и управления оружием. Кроме того, в состав космических вооружений входят космические системы и средства, обеспечивающие боевое применение стратегического оружия наступательных и оборонительных сил, включающие космические комплексы и системы фото-, оптико-электронной, радио-

Впервые идея вывода в космос оружия для поражения наземных целей была сформулирована в виде перспективного технического проекта еще в 30-х годах Г. Обертом и получила активную поддержку верхушки Третьего рейха. Помимо спутников, оснащенных средствами бомбометания, Оберт предлагал также сборку на орбите гигантского зеркала диаметром 1600 миль, которое позволило бы концентрировать солнечный свет и направлять его на населенные пункты и военные объекты противника, чтобы уничтожать их на большом удалении[21]. Однако этот проект гитлеровской Германии осуществить так и не удалось.

Нормы международного гуманитарного права, принятые более ста лет назад, о которых мы уже упоминали[22], запрещают «метание снарядов и взрывчатых веществ с воздушных шаров или при помощи иных подобных новых способов», «атаковать или бомбардировать *каким бы то ни было способом незащищенные города, селения, жилища или строения* (выделено нами. – И.К.)». Давно сформулированные, эти запреты тем не менее и поныне остаются действующими, несмотря на то что научно-технические успехи в области создания вооружений позволяют создавать качественно новое и более грозное оружие. В этих документах недвусмысленно оговаривается предположение о возможном совершенствовании со временем технических характеристик оружия, методов его применения, что выражено во фразах «или при помощи иных подобных *новых способов», «каким бы то ни было* способом» (курсив автора. – И.К.*)*

Под понятие «новых способов» и средств разрушения объектов на Земле вполне подпадают комплексы космического оружия, составляющие противоракетную систему космического базирования, создание которой планировалось в рамках программы «звездных войн», озвученной 23 марта 1983 г. в речи президента США Рейгана. Несомненно, такого рода проекты представляли бы всеобщую опасность для жителей всей Земли, и поэтому противоправность их создания очевидна и с точки зрения международного гуманитарного права.

локационной, радио- и радиотехнической разведки и др. См.: Военная энциклопедия. Т. 4. С. 213.

[21] См..: Manno J. Arming the Heavens. The Hidden Military Agenda for Space, 1945-1995. N. У., 1984. P. 8–9.

[22] Например, Декларация о запрещении метания сна¬рядов и взрывчатых веществ с воздушных шаров от 5 (18) октября 1907 г., Положение о законах и обычаях сухопутной войны от 5 (18) октября 1907 г., являющееся приложением к Конвенции о законах и обычаях сухопут¬ной войны.

Исторически СССР (Россия) всегда исходил из того, что исследование и использование космоса исключительно в мирных целях является составной частью программы всеобщего и полного разоружения под строгим международным контролем, в связи с чем еще в 50–60-х гг. XX в. был выдвинут ряд инициатив[23]. Однако западные державы не были готовы к свертыванию гонки вооружений, предотвращению ее распространения на космос.

В дальнейшем целый ряд советских предложений был направлен на то, чтобы поставить надежный заслон угрозе распространения гонки вооружений на космическое пространство.

На решение этой задачи был нацелен проект Договора о запрещении размещения в космическом пространстве оружия любого рода (1981 г.), проект Договора о запрещении применения силы в космическом пространстве и из космоса в отношении Земли (1983 г.), проект резолюции Генеральной Ассамблеи ООН об использовании космического пространства исключительно в мирных целях, на благо человечества (1984 г.), проект резолюции Генеральной Ассамблеи ООН о международном сотрудничестве в мирном освоении космического пространства в условиях его немилитаризации (1985 г.). Эту же цель преследовал Советский Союз, предлагая правительству США провести двусторонние переговоры по предотвращению милитаризации космоса.

Ради облегчения достижения позитивных результатов на многосторонних и двусторонних переговорах Советский Союз в августе 1983 г. в одностороннем порядке ввел мораторий на вывод в космос каких-либо видов противоспутникового оружия, а в июне 1984 г. предложил США установить на взаимной основе, начиная с даты открытия переговоров, мораторий на испытания и развертывание космических вооружений, к которому могли бы присоединиться другие государства. Продолжением этого курса, направленного на предотвращение гонки вооружений в космосе и ее прекращение на земле, явились предложения Советского Союза на советско-американских переговорах по космическим и ядерным вооружениям, которые открылись в Женеве в марте 1985 года.

Во время советско-американской встречи на высшем уровне в Рейкьявике в октябре 1986 г. Советским Союзом были сделаны далеко идущие предложения, представляющие собой сбалансированный пакет

[23] См.: 50 лет борьбы СССР за разоружение. Сборник документов. М., 1967. С. 328, 361, 406.

мер, направленных на то, чтобы в исторически короткий отрезок времени прийти к полной ликвидации всех видов ядерного оружия. Согласно этим предложениям запрету подлежали бы натурные испытания космических элементов системы ПРО, но разрешались бы их исследования и испытания в лабораториях. Предполагалось также, что в течение последующих нескольких лет стороны могли бы найти дальнейшие взаимоприемлемые решения в этой области.

Что касается многосторонних переговоров, то советский проект договора о запрещении применения силы в космическом пространстве и из космоса в отношении Земли, переданный по решению Генеральной Ассамблеи ООН на рассмотрение Конференции по разоружению, предусматривал меры, во-первых, исключающие использование космических объектов в качестве средств поражения и носителей оружия и, во-вторых, гарантирующие безопасное функционирование самих космических объектов[24].

Таким образом, с самого начала освоения космоса Советским Союзом до середины 80-х гг. прошлого века советские предложения о предотвращении милитаризации космоса[25] не были услышаны западными странами.

В дальнейшем последовали новые официальные российские инициативы 2001–2005 гг. о конкретных мерах открытости, укрепления доверия и недопущения размещения оружия в космосе, а также предложенный Россией и Китаем в 2002 г. в рамках Конференции по разоружению документ о возможных элементах международно-правовой договоренности о предотвращении размещения оружия в космическом пространстве. В противном случае появление космического оружия у одной державы может обернуться эскалацией ситуации, поскольку вызовет ответную реакцию других стран, превратит околоземное пространство в потенциальный «театр военных действий» [26].

---

[24] См.: В.С. Верещетин. Юридические аспекты запрещения применения силы в космическом пространстве и предотвращения гонки космических вооружений. В кн.: Космическое оружие: дилемма безопасности / Под ред. Е.П. Велихова, Р.З. Сагдеева, А.А. Кокошина. М., 1986. С. 163–164.

[25] Об усилиях СССР по предотвращению милитаризации космоса говорят документы Министерства иностранных дел. См.: Борьба СССР за мирное использование космоса. Документы и материалы. Т. 1, 2. М., 1985 (общий объем около 1000 с.).

[26] См.: Лысенко М.И. Правовые проблемы и перспективы запрещения оружия в космосе. Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2006. С. 3.

Причем, в отличие от «обычных», или «классических», видов оружия, – отмечал профессор Ю.М. Колосов еще сорок лет тому назад, – космическая военная техника является трудно уязвимой, поскольку она может находиться на таких высотах и двигаться с такими скоростями, что борьбу против нее можно практически вести не иначе как при помощи космической техники[27]. Здравый рассудок подсказывает, что вовлечение космического пространства в сферу гонки вооружений представляет собой слишком большую опасность для дела мира…[28].

Последовательность политики России в деле о недопустимости использования космоса в военных целях подтверждена также в мюнхенском выступлении Президента РФ В.В. Путина, где он подчеркнул, что «нельзя допустить появления *новых дестабилизирующих высокотехнологичных видов оружия*», не говоря уже *«о мерах по предупреждению новых сфер конфронтации, особенно в космосе»* [29] (выделено нами. – И.К.).

После войны в зоне Персидского залива космические силы и средства стали играть важную роль практически в каждом конфликте, в котором задействовались ВС США, включая операции в Ираке («Провайд Комфорт»), Сомали («Рестор Хоуп») и бывшей Югославии («Провайд Промис»). Поэтому при разработке планов и программ дальнейшего развития вооруженных сил США все больший акцент делается на необходимости создания мощного военного космического потенциала[30].

---

[27] Существуют различные способы применения космического оружия в военных целях: 1. Поражение ракет противника на траектории подлета к цели (противоракетная оборона). 2. Подавление радиосвязи на обширных территориях («радиоглушение» и электромагнитный импульс). 3. Вывод из строя радиоэлектронного оборудования противника. 4. Уничтожение космических орбитальных баз и спутников противника. 5. Лишение противника космодрома (физическое уничтожение или выведение за пределы государства военными или политическими методами). 6. Бомбардировка территории противника из космоса (превентивные удары ядерными и высокоточными неядерными бомбами с лазерным и радионаведением). 7. Поражение удаленных целей в космическом пространстве (лучевое и ракетное поражение удаленных станций и др. См.: Космическое оружие: http://ru.wikipedia.org/wiki.

[28] См.: Колосов Ю.М. Борьба за мирный космос. М., 1968. С. 34.

[29] Мюнхенская речь В.В. Путина. http://kremlin.ru/

[30] В качестве реальных шагов к достижению превосходства в космосе США предпринимаются усилия по созданию новой системы противоспутникового оружия (АСАТ). Ее разработка велась еще в 1970-80-х годах. «Ранний» АСАТ включал в себя систему оружия «прямого» действия, запускаемую с борта самолета F-15. Она имела инфракрасный датчик для наведения на космический объект. Предполагается, что существующие и доработанные носители могут быть использованы для вывода на орбиту

Исходя из сказанного применение космических средств для нанесения боевых ударов из космического пространства или военных баз, дислоцированных на Луне и других небесных телах, по земным гражданским объектам, враждебное воздействие на природную среду и климат вошли бы в противоречие с нормами международного гуманитарного права, которые запрещают «атаковать или бомбардировать *каким бы то ни было способом* (выделено нами. – И.К.) незащищенные города, селения, жилища или строения» (ст. XXV Положения о законах и обычаях сухопутной войны), применять методы или средства ведения военных действий, которые имеют своей целью причинить или, как можно ожидать, причинят обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде (п. 3 ст. 35 Дополнительного протокола I), прибегать к военному или любому иному враждебному использованию средств воздействия на природную среду, которые имеют широкие, долгосрочные или серьезные последствия в качестве способов разрушения, нанесения ущерба или причинения вреда любому другому государству-участнику (ст. I Конвенции о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду 1977 г.[31])

Как правильно отмечал профессор И.Н. Арцибасов, ст. XXV Положения о законах и обычаях сухопутной войны, о которой сказано выше, как и другие положения Гаагских конвенций, согласно приговору Международного военного трибунала в Нюрнберге является частью обычного международного права[32].

Кроме того, на космическое пространство, так же как и на другие пространственные сферы, которые могут быть театром войны,

---

кинетических средств перехвата спутников противника на низкой околоземной орбите. В качестве носи¬телей могут служить две первые ступени разукомплектованной баллисти¬ческой ракеты морского базирования «Поларис» или снятой с вооружения МБР «Минитмен-2». В будущем для уничтожения спутников противника возможно исполь¬зование наземных лазерных установок, которые планируется создать в ближайшие 10 лет. Кроме того, для временного выведения из строя аппаратов противника над территорией США или над зоной боевых действий предлагается использовать микроволновые установки большой мощности. Считается, что создание наземных лазерных установок не будет нарушением договоров, которые ограничивают разработку и приме¬нение противоспутникового оружия космического базирования. См.: Бабушкин С.А. США на пути к военному превосходству в космосе // «Военная мысль». 1997. № 6. 1999. С. 73, 77.

[31] Международное гуманитарное право в документах. Указ. соч. С. 452.

[32] Арцибасов И.Н. Международное право (законы и обычаи войны): Учебное пособие. М., 1975. С. 48.

распространяется «оговорка Мартенса», согласно которой «в случаях, не предусмотренных ... гражданские лица и комбатанты остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания».

С учетом развития научно-технического прогресса и появлением космических средств, которые могут быть использованы в качестве новых видов оружия, в развитие Положения о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г., представляется, целесообразным и своевременным было бы инициировать дальнейшее продвижение советских предложений 1981, 1983 гг. о заключении договоров, запрещающих размещение в космическом пространстве оружия любого рода и применение силы в космическом пространстве и из космоса в отношении Земли, включая положения о запрещении бомбардировок из космоса незащищенных городов, населенных пунктов и гражданских объектов.

Заключение таких договоров явилось бы последовательным шагом в дальнейшем прогрессивном развитии норм международного гуманитарного права, сфера действия которых охватывала бы и космическое пространство.

Библиографический список

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

Бабушкин С.А. США на пути к военному превосходству в космосе // Военная мысль. 1997. № 6.

Борьба СССР за мирное использование космоса. Документы и материалы. Т. 1, 2. М., 1985.

Верещетин В.С. Юридические аспекты запрещения применения силы в космическом пространстве и предотвращения гонки космических вооружений. В кн.: Космическое оружие: дилемма безопасности / Под ред. Е.П. Велихова, Р.З. Сагдеева, А.А. Кокошина. М., 1986. С. 163-164.

Военная энциклопедия. Т. 4. М., 1999. С. 213.

Гассер Х-П. Международное гуманитарное право. Введение. М.: МККК., 1994.

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

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

Иойрыш А.И. Научно-технический прогресс и новые проблемы права. М., 1981.

Колосов Ю.М. Борьба за мирный космос. М., 1968.

Котляров И.И. Международное гуманитарное право. М., 2006.

Котляров И.И. «Звездный мир» против «звездных войн». Политико-правовые проблемы. М., 1988.

Лукашук И.И. Кодификация права международной ответственности // Московский журнал международного права. 2002. № 3. С. 3-15.

Лысенко М.И. Правовые проблемы и перспективы запрещения оружия в космосе. Автореф. дис. …. канд. юрид. наук. М., 2006.

Manno J. Arming the Heavens. The Hidden Military Agenda for Space, 1945-1995. N. Y., 1984.

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

Pilloud Claude, De Preux Jean, Sandoz Yves [and others]. Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Geneva: International Committee of the Red Cross. Martinus Nijhoff Publishers, 1987. Ст. 1469. P. 421-428.

50 лет борьбы СССР за разоружение. Сборник документов. М., 1967. С. 328, 361, 406.

International Humanitarian Law on New Weapons
(Summary)

Ivan I. Kotlyarov[*]

The author analyses Art. 36 (New weapons) of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 12 August 1949. The term "new weapons" should be considered in the context of currently existing groups of weapons, taking into consideration that the use of some weapons is limited during armed conflicts while the use of others is permitted. In the author's opinion, the absence of the term "new weapons" definition in the art. 36 produces difficulties and hinders implementation of the article. The author introduces his definition of the term and discloses its contents. Extensive attention is paid to the need of prohibition of space weapons as a type of new weapons.

Keywords: International humanitarian law; Additional Protocol I (1977); new weapons; superfluous injury or unnecessary suffering; long-term and severe damage to the natural environment; space weapons; means of implementation of art. 36 of the Additional Protocol I.

[*] Ivan I. Kotlyarov - Ph.D. in Law, professor of the Chair of Human rights and International Law of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation. ikotlyarov@mail.ru.

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Международные стандарты в области прав человека: проблемы правовой дефиниции

Ульяшина Л.В.[*]

Статья содержит исследование понятия «международные стандарты прав человека» (МСПЧ) и выявляет подходы для уяснения содержания и правового значения этого термина. Необходимость этого исследования обусловлена принцпом правовой определенности в отношении явлений, используемых в регулировании правоотношений, а также тем обстоятельством, что МСПЧ имеет важное значение в имплементации международных обязательств в национальных правовых системах. В статье приводится обзор научных работ ученых, работающих в различных правовых системах. Лексический разбор словосочетания, исторический экскурс, а также анализ основных доктрин правопонимания, а именно позитивизма и естественной школы права, стали основой для выявления основных черт и функций, присущих МСПЧ. Автор предложил дефиницию правового понятия МСПЧ, которое, по убеждению автора, подлежит совершествованию по мере дальнейшего развития концепции МСПЧ.

Ключевые слова: международные стандарты прав человека; правовая дефиниция; имплементация; источники международного права.

1. Введение

Термин «международные стандарты прав человека» (МСПЧ) встречается во многих выступления, статьях, докладах, судебных

[*] Ульяшина Людмила Витольдовна – юрист, Magister Legum (Германия), LL.M (Норвегия); Фонд Домов Прав Человека (Норвегия, Осло), менеджер программы «Международное право в правозащитной деятельности». l.ulyashyna@gmail.com.

решениях. В августе 2008 года в своем обращении в связи с юбилеем Всемирной конференции по правам человека, на которой более 100 стран подтвердили свою приверженность целям и принципам, содержащимся в Уставе ООН и Всеобщей декларации прав человека, Генеральный Секретарь ООН сказал, что за истекшие 15 лет произошел значительный *прогресс в установлении Организацией Объединенных Наций стандартов, институтов и программ по их осуществлению*[1]. Верховный Комиссар по правам человека Луиза Арбур в заявлении по случаю 60-летнего юбилея Всеобщей декларации призвала к активной деятельности по имплементации стандартов в правах человека во всем мире[2].

Правовая концепция МСПЧ имеет важное значение как для юристов-практиков, так и для теоретиков, в том числе тех, кто занимается проблемами имплементации международного права в национальные правовые системы. Выделение основных понятийно-образующих черт этой категории позволит выявить точный смысл этого понятия. Необходимость выполнения такой работы обусловлена действием принципа правовой определенности, который в свою очередь служит единообразному пониманию и применению норм правового характера. В то же время следует выяснить возможность и целесообразность выработки единой дефиниции МСПЧ. Известно, что данным понятием оперируют субьекты как в рамках международного права, так и в рамках отдельных национальных правовых систем. В таких условиях достижение единообразного понимания и примененения правового понятия, что обычно при выработке дефиниции в отдельной национальной системе, может быть затруднено. Кроме того, если требование достичь единого значения действительно необходимо для формально-определенных понятий, то оно может оказаться излишним, если выяснится, что понятие МСПЧ является так называемым «оценочным» понятием и не нуждается в правовой дефиниции.

Предстоит также ответить на вопросы, какова специфика понятия МСПЧ, каковы его функции, имеет ли этот термин точный определенный смысл, насколько специальное значение правового термина МСПЧ соответствует общеупотребимому термину. Теоретические и практические подходы позволят ответить в ходе исследования

---

[1] URL: http://www.un.org/News/Press/docs/2008/sgsm11763.doc.htm

[2] URL: http://www.un.org/events/humanrights/udhr60/pdf/10%20December%202008_Agenda.pdf

на эти вопросы и прийти к заключению о возможности найти общую дефиницию понятия МСПЧ.

2. Анализ научной литературы

Изучение литературы выявило, что термин *МСПЧ* упоминается в исследованиях авторов различных правовых систем. В то же время комплексный анализ этого правового понятия отсутствует, его дефиниция не выработана. Большинство исследователей в качестве базового международного документа называют Всеобщую декларацию прав человека. Так, российский профессор Е.А. Лукашева указывает, что стандарты впервые были предложены во Всеобщей декларации и являлись образцом для развития внутригосударственного законодательства в области прав человека[3].

Российский коллега **Г.В. Игнатенко** называет *МСПЧ нормативным минимумом*, определяющим уровень государственной регламентации с допустимыми отступлениями в форме его превышения или конкретизации[4].

Австралийский профессор **Д. Крауфорд**, автор монографии «Международное право как открытая система», стоит на схожей позиции и определяет международные стандарты, применяемые органами международной юстиции как *«критические» стандарты*, т.е. *как стандарты, которые действуют в качестве критериев при оценке ситуаций, регулируемых национальными правовыми системами*[5].

Профессор **О.И. Тиунов** называет *МСПЧ «своеобразным масштабом измерения в законодательном регулировании различных стран»*[6]. Универсально признанными нормами, которые, с одной стороны, представляют собой *минимально допустимый консенсус*, а с другой – предстают *образцами для подражания*, называет стандарты в международном праве российский исследователь **С.А. Голубок**[7].

Итальянский профессор **А. Кассесе,** давая изложение понятий международного права на основе объединения правового метода с историко-социологическим подходом, пишет, что *универсальная*

---

[3] Лукашева Е.А. Права человека в глобализирующемся мире / Права человека и процессы глобализации современного мира / Под ред. Е.А. Лукашевой. М., 2007. С. 10–81.
[4] Вестники ННГУ. 2001. № 1 (3). С. 64–71.
[5] Crawford J. International Law as an Open System. London. 2002. P. 23.
[6] Тиунов О.И. Международно-правовые стандарты как фактор глобального правового пространства. М., 2004. С. 156.
[7] Правоведение. 2007. № 1. С.112.

концепция, включившая в себя основные ценности, которые все государства должны были соблюдать и развивать внутри своих правовых систем, стала основой Всеобщей декларации прав и свобод[8].

Американский ученый **Д. Форситс** называет Всеобщую Декларацию фундаментальным документом, отражающим *новую этику в международном праве, и считает, что Декларация стала первым шагом по установлению стандартов и формированию международного интереса к правам человека*[9]. Автор определяет процесс формирования *МСПЧ* как процесс трансформации естественного права человека в нормы международного права, имеющие большое влияние на национальные правовые системы и на международную политику в целом.

Большой интерес с точки зрения обоснования *правовой и социальной природы МСПЧ*, а также определения их места в системе классических источников права представляет статья немецкого ученого **К. Титье.** Автор высказывает суждение о том, что международное сообщество формирует свои решения в значительной степени на основании источников, которые не поддаются включению в признанный перечень источников международного права (имеется в виду ст. 38 Устава Международного суда ООН). Автор приходит к выводу, что необходимо создать систему, позволяющую обеспечить эффективную защиту объектов общего достояния. Одной из таких мер является модификация классического перечня источников международного права, который был основан на строго позитивистском подходе и который не включает важнейшие *решения международных конференций или органов, обеспечивающих формирование норм «универсального» международного права*[10].

Следует разделить позицию американского профессора **Д. Шелтона,** который, оценивая роль так называемого «мягкого права», утверждает, что эту категорию норм нельзя противопоставлять нормам, имеющим обязательный характер, так как оба эти источника являются продолжением имплементации международных обязательств. Автор приводит аргументы в пользу того, что стандарты выступают эффективным средством оценки, когда речь идет о *de facto* исполнении. В этом случае в отличие от формальных критериев, таких как наличие конституционных норм, декларирующих права *de jure*, оценка

---

[8] Cassese A. International Law. Oxford. 2005. 612 p.

[9] Forsythe D. Human Rights in International Relations. Cambridge. 2006. 298 p.

[10] Zeitschrift für Rechtssoziologie. 2003. № 24. S. 27–42.

ситуации в стране посредством применения стандартов, устанавливающих определенные критерии, позволяет установить реальный уровень исполнения обязательств[11]. В то же время трудно согласиться с позицией автора, когда он называет эти стандарты положениями, *имеющими характер «технического» обеспечения* международных обязательств. Представляется, что такая формулировка не выражает всего спектра и значения стандартов в процессе имплементации международных соглашений.

На другой позиции стоит его соотечественник профессор **Д. Донелли**, который выделяет *четыре группы стандартов в области прав человека*: обязательные для исполнения стандарты; стандарты, которые позволяют государствам исключения, например при подписании договоров с оговорками – различного рода рекомендации, которые не являются обязательными; национальные стандарты, которые действуют при отсутствии подготовленных международных стандартов[12]. Автор анализирует в своей работе «режимы в области прав человека» и пишет, что понятие «режим» основывается прежде всего на нормах, содержание которых широко признано, и включает институты, которые работают над подготовкой *стандартов.*

Немецкий автор **Т. Бонакер,** описывая значение универсальных режимов и норм в области прав человека, пишет об их значении в так называемой «символической» интеграции различных государств в мировое сообщество[13]. Символической интеграцией от называет процесс, в ходе которого происходит объединение на основе общего толкования и понимания прав человека. Процесс принятия и развития *стандартов – от «Каскада норм» Всеобщей декларации до процесса уяснения содержания каждого из провозглашенных прав и их имплементации* – свидетельствует об эволюции международного сообщества, изменении доктрины неограниченного суверенитета, возникновении концепции всеобщего социального порядка.

Другой немецкий исследователь, **К. Брютч**, высказывает важное для процесса de facto имплементации суждение о том, что воздействие норм, не имеющих обязательного характера, нередко имеет больше шансов на реализацию[14]. Причиной успеха этих норм является то,

---

[11] Shelton D. Commitment and compliance. Oxford. 2000. 596 p.

[12] Donnelly J. International human rights: a regime analysis. 1986. Vol. 40. P. 599–642.

[13] Zeitschrift für Rechtssoziologie. 2003. Vol. 24. № 2. S.121–149.

[14] Zeitschrift für Rechtssoziologie. 2002. Vol. 23. № 2. S. 165–183.

что «универсальные» положения международного права (стандарты) выступают как «объективное право». По мнению автора, если возникает всеобщее желание и воля международного сообщества к тому, что норма должна действовать как закон, государству остается только признать эту норму. И даже если эта норма не будет воплощена в законодательстве, государство вынуждено будет следовать этому стандарту, «толерировать» этот стандарт. Автор говорит о возникновении нового вида закона – *закона вне государств (law beyond the state)*.

Японский юрист судья Международного суда **Танака** писал, что права человека, подлежащие защите, *не являются продуктом какой-то конкретной правовой системы и не состоят в иерархии ее правовых актов*. Эти права подлежат признанию, уважению и защите вне зависимости от места, где человек оказывается. Национальное законодательство и практика защиты прав человека должны соответствовать *единым стандартам по защите прав человека* вне зависимости от законодательной деятельности парламета или обычая, как это, к примеру, имеет место в коммерческом праве или морском обороте, постольку, поскольку *права человека возникают и существуют на основании естественного права*[15]. Ссылка на это мнение судьи приведена также в книге «Развитие права прав человека судьями Международного суда ООН»[16] наряду с другими решениями Суда и мнениями судей, в которых они используют концепцию прав человека в юриспредунции этого международного органа.

Немецкий профессор **Е. Ридель,** характеризуя *МСПЧ*, указывает, что им, как никаким другим, присуще то, что они *включают в себя как нормы, имеющие обязательный характер, так и нормы, относящиеся к «мягкому праву»*[17]. Таким образом, эта комбинация образует, так называемый «кодекс зебры»[18], создает *единый стандарт-комбинацию*. Российский автор **В.А. Пертли**[19], не упоминая предыдущего автора и его концепции, приводит в своей статье как раз пример «кодекса зебры» – *единого стандарта-комбинации*. Пертли пишет что

---

[15] URL: http://www.icj-cij.org/docket/files/46/4945.pdf (дата обращения: 04.07.2009).

[16] Bedi, S.R. The development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice. Oxford. 2007.

[17] European Journal of International Law. 1991. № 2 (1). P. 58–84.

[18] Этот термин впервые стал использоваться Baade H.W. The Legal Effect of Codes of Conduct for MNEs. Kluwer. 1980. P. 3–38.

[19] Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2006. № 4. С. 36–39.

международные стандарты по обращению с заключенными представляют собой *«объединенные усилия различных государств и международных неправительственных организаций в целях повышения эффективности исполнения уголовных наказаний».*

Профессор **С.М**. **Оганесян** определяет стандарты как *«нормы современного международного права, предусматривающие такие общедемократические требования и обязанности государств, которые они должны с учетом особенностей своего общественного строя, национального развития и т.п. воплотить и конкретизировать в своих системах»*[20].

Итак, большинство авторов прямо или опосредованно называют МСПЧ правовой категорией, базирующейся на естественно-правовой концепции. Некоторые авторы видят в ней также элементы социальной категории (Титье, Кассесе). Во многих работах приводились оценочные суждения авторов, базирующиеся на различных представлениях, эталонах, практике. Стандарты выводились авторами как из правовых норм и принципов, так и из ненормативных субстанций, как-то: общих усилий народов, универсальной этики поведения и т.д.

Анализ приведенных работ позволяет выделить следующие черты, относящиеся к **понятийно-образующим признакам** *МСПЧ*:

• *универсальность, «закон вне государств», Всеобщая декларация как базис;*

• *имеют равную значимость для любой страны и региона;*

• *находятся вне иерархии национальных правовых актов;*

• *базируются на общедемократических требованиях;*

• *являются комбинацией «мягкого» и «твердого» права;*

• *не всегда имеют характер нормативности, базируются на естественно-правовой концепции;*

и к **функциям МСПЧ**[21]**:**

• *выступают как нормативный минимум или допустимый консенсус для государственной регламентации;*

• *служат масштабом измерения выполнения международных обязательств;*

---

[20] Международное публичное и частное право. 2008. № 2. С.18–21.

[21] Иногда черты и функции могут пересекаться или частично совпадать (замечание автора).

• *выражают новую этику во взаимоотношениях между членами международного сообщества, международными институтами и человеком;*

• *способствуют росту международного интереса к правам человека;*

• *служат средством информационного обмена;*

• *содержат рекомендации по формированию национальной практики;*

• *способствуют имплементации международных обязательств;*

• *выдвигают общедемократические требования к государствам.*

3. Лексическое значение термина МСПЧ

Правовая дефиниция, или правовое определение, представляет собой четкое и лаконичное суждение о сущности правовых явлений. Она закрепляет в обобщенном виде признаки той или иной правовой категории[22].

Поиск дефиниции правового понятия МСПЧ невозможен без выявления лексического значения термина. Учитывая, что изучаемый термин состоит из нескольких слов и словосочетаний, которые распространены как в повседневном употреблении, так и в юридической практике, этот термин целесообразно разбить на отдельные элементы и дальнейшее исследование осуществлять в отношении этих элементов. Это позволит установить, являются ли эти элементы общеупотребимыми, имеют ли они также специальное значение как юридические термины, относятся ли они к области международного права прав человека и насколько специальное значение этих элементов соответствует общеупотребимому лексическому смыслу таких слов.

Словосочетание целесообразно расчленить на три образующих элемента: «международные», «стандарты», «права человека» и проверить, насколько специальное значение термина в его единстве соответствует общеупотребимому значению отдельных элементов.

Общеупотребимое значение слова будет сверяться с определениями, даваемыми в нескольких выбранных для данной работы словарях по признаку их доступности в электронном виде. Данная работа не ставит целью проверить все существующие определения и ограничивается исследованием тех дефиниций, которые даны в нескольких приведенных в данной работе справочных изданиях.

[22] Вестники ННГУ. 2001. № 1 (3). С. 64–71.

Слово «стандарты», как имеющее общее употребление, будет проверено на основании данных из толковых словарей общего назначения, русскоязычных и англоязычного. Специальные термины «международно-правовые стандарты» и «европейские стандарты в области прав человека» приводятся со ссылкой на российские правовые словари, так как аналогов таких словосочетаний в англоязычных юридических словарях, доступных в электронном виде, не обнаружено.

Словосочетание «права человека», хотя и может быть отнесено к общеупотребимым, в настоящем исследовании признается термином специального назначения, его значение раскрывается на основании юридических словарей двух стран – России и США.

«Международные» – принимается как не нуждающееся в исследовании.

«Стандарт» – standard. «Толковый словарь русского языка» Ожегова[23] указывает на происхождение этого слова от английского слова *standard* и приводит несколько значений: 1) образец, эталон, модель, принимаемые за исходные для сопоставления с ними других подобных объектов; 2) нормативно-технический документ, устанавливающий комплекс требований к объекту стандартизации.

Поиск значения английского термина *standard* в одном из наиболее популярных электронных словарей Wiktionary[24] дал следующие результаты: 1) уровень качества и достижения; 2) нечто, что может быть использовано как масштаб при сравнительной оценке.

Итак, при сравнении значений слова «стандарт» в обыденном его употреблении, приведенных в обоих словарях, видно, что эти значения практически совпадают: эталон или масштаб в процессе сравнения с другими подобными объектами и специальный уровень требований к объекту, подлежащему процессу стандартизации.

«Стандарты прав человека» – этому понятию близко понятие «европейские стандарты в области прав человека»; его определение есть в Энциклопедическом словаре «Конституционное право России»: это признанные Европейским сообществом и закрепленные в его документах правовые нормы (преимущественно конвенционного характера), закрепляющие жизненно важные права человека, механизмы и гарантии их реализации и защиты. Термин «международно-правовые стандарты» в том же издании упоминается

[23] URL: http://www.ozhegov.org/

[24] URL: http://en.wiktionary.org/wiki/standard

в связи с определением принципа соответствия прав и свобод личности таким стандартам. В определении сказано, что эталоном признания и закрепления основных прав и свобод личности в национальном законодательстве служат международно-правовые акты: Всеобщая декларация прав человека, Международные пакты о гражданских и политических правах, об экономических, социальных и культурных правах, региональная Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Как видно, значение слова «стандарты», употребляемое в российской правовой системе для определения понятия «международные/европейские стандарты прав человека», совпадает с общеупотребимым значением этого слова и в данном случае указывает на то, что международно-правовые договоры служат эталоном, масштабом для национального законодательства.

«Международные стандарты» – этот термин в англоязычном электронном словаре Wikipedia определяется как стандарты, разработанные уполномоченными международными организациями. Международные стандарты доступны для изучения, оценки и применения повсеместно в мире[25].

«Права человека». В российском Большом юридическом словаре[26] выделяются следующие признаки этого понятия:

– оно характеризует правовой статус человека по отношению к государству*;*

– права человека имеют естественный и неотчуждаемый характер*;*

– свободное осуществление прав человека*;*

– права человека являются признаком правового государства.

В определении этого понятия в словаре Колумбийского университета (США) Columbia Encyclopedia [27] выделяются следующие элементы:

– универсальность;

– принадлежность каждому в силу его природы;

– достоинство человека как базис;

---

[25] URL: http://en.wikipedia.org/wiki/International_standards

[26] URL: http://slovari.yandex.ru/dict/jurid/article/jur3/jur-4672.htm?text=%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0%20%D1%87%D0%B5%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BA%D0%B0&encid=jurid&encid=jurid

[27] URL: http://www.answers.com/topic/columbia-encyclopedia

– ряд прав являются фундаментальными и не требуют ссылки на специфическое законодательство государства.

Сравнение перечня признаков, приведенных в дефинициях, разработанных в двух различных правовых системах, показывает, что они почти не совпадают. То, что считается существенным для одной из них, вообще не упоминается в другой. Это небольшое исследование обнаруживает отсутствие единого подхода к понятию «права человека».

Подводя итог анализу лексического значения термина МСПЧ, можно прийти к следующим выводам.

Слова «стандарт» и «международные» как по отдельности, так и вместе являются общеупотребимыми, и их значение следует считать понятным и совпадающим со специальным назначением.

Правовое значение концепции «права человека» может не совпадать в различных правовых системах, что показано на примере двух стран. В связи с выявленным различием в содержании словосочетания «права человека», которое является и термином одноименной концепции, и выступает в то же время составляющей частью понятия МСПЧ, можно предположить, что эти расхождения повлекут и расхождения в восприятии и понимании термина МСПЧ. Данное обстоятельство может выступить одним из препятствий на пути выработки единого определения МСПЧ.

4. Возникновение и развитие международных стандартов

4.1. «Международный минимальный стандарт обращения»

Термин «международные стандарты» применялся задолго до возникновения международого права прав человека. Доктрина *«стандарт национального обращения» (the standard of national treatment)* обосновывала объем прав иностранных граждан на территории других государств[28]. Впоследствии благодаря распространению идеи универсальности и всеобщности прав и свобод человека были предприняты попытки объединить концепцию прав человека с классической доктриной правил обращения с иностранцами[29]. Так, в отчете, подготовленном Комиссией международного права по вопросу

[28] Roth A.H. The Minimum Standard of International Law applied to Aliens. Leiden. 1949. P. 194.

[29] Lillich, R.B. The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law. Manchester. 1984. 177 p.

международной ответственности государств в разделе «Нарушения фундаментальных прав человека» было указано, что государство обязано обеспечить и гарантировать иностранным гражданам, находящимся на его территории, соблюдение гражданских прав в том же объеме, в каком они обеспечены для граждан этой страны[30].

Таким образом, произошел синтез классической доктрины обращения с иностранцами и концепции прав человека.

4.2. Всеобщая декларация прав человека

МСПЧ впервые были нормативно закреплены во *Всеобщей декларации прав человека* (1948).

Следует отметить, что если в момент принятия Всеобщая декларация была, скорее, документом политического характера, то ныне она признается всем международным собществом юридически значимым документом, порождающим международно-правовые обязательства.

Свыше 90 конституций, принятых в мире после 1948 года, содержат каталоги прав и свобод, заимствованных из текста Всеобщей декларации, десятки конституций содержат прямые ссылки на этот документ, нормы Декларации положены также в основу многих национальных законов, постановлений, интерпретируются судьями при рассмотрении дел в национальных судах, воодушевляют неправительственные организации и правозащитников, отстаивающих права человека на национальном и международном уровне[31].

Необходимо отметить, что Всеобщая декларация прав человека с самого начала оспаривалась научными кругами мусульманского мира, религиозными лидерами и политиками. Они говорили, что в их культуре не находят отклика такие западные идеи, как индивидуализм, либерализм, конституционализм, права человека, равенство, свобода, верховенство закона, демократия, свободный рынок, отделение церкви от государства[32].

Некоторые ученые также считают, что возможность глобальной стандартизации прав человека, их «универсализация» исключена, поскольку она «не учитывает характера той цивилизации, в которой человек воспитан, тысячи поколений, которые адаптировали

---

[30] Yearbook of the International Law Commission. 1956. Nii. p 201, para. 3..

[31] Georgia Journal of International and Comparative Law. 1995.N 6. P. 313.

[32] Сюкияйнен Л.Р. Исламская конвенция прав человека // Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2002. С. 283.

свои правила жизни к тем условиям, которые определила окружающая их природа»[33].

Вместе с тем сторонники таких высказываний не смогут отрицать того, что, как бы ни различались системы ценностей разных цивилизаций, это не может привести к отрицанию человеком собственных неотъемлемых прав. Сегодня большинство правоведов придерживаются позиции, что Декларация получила характер источника международного права как документ, содержащий универсальные принципы-стандарты.

4.3. Разработка стандартов под эгидой ООН и ОБСЕ

Работа по подготовке международных документов, последующей конкретизации международных договоров в области прав человека явилась важной задачей ряда международных институтов, и прежде всего ООН. В ст. 13.1. Устава ООН уставливается, что Генеральная Ассамблея должна «организовывать исследования и делать рекомендации» в целях «поощрения прогрессивного развития международного права и его кодификаци» и «содействия осуществлению прав человека и основных свобод для всех, без различия расы, пола, языка и религии».

История создания международных стандартов в области прав человека изложена Департаментом по информации ООН путем лаконичного перечисления важнейших документов, которые явились базовыми для международного права прав человка и послужили основой в формировании нормативных стандартов[34].

Уже в первом документе такого рода был использован термин «стандартные правила»[35]. Впоследствии был принят целый ряд документов, имеющих характер установлений-рекомендаций, большинство из которых содержали слово «стандарты» и предусматривали такие общедемократические требования к обязанности государств, которые они должны с учетом особенностей своего развития воплотить и конкретизировать в своих системах[36].

---

[33] Каламкарян Р.А. Права человека в России: декларации, нормы и жизнь // Государство и право. 2000. № 3. С. 37–50.

[34] URL: http://www.un.org/rights/dpi1774e.htm

[35] См.: Минимальные стандартные правила обращения с заключенными http://www.un.org/russian/documen/convents/prison.htm

[36] См.: Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних URL:http://www.hri.ru/docs/?content=doc&id=59

Критерии, которыми следует руководствоваться в процессе создания международно-правовых стандартов прав человека, были отражены в Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН «Установление международных стандартов в области прав человека» 41/120 от 4 декабря 1986 года[37]. Эти критерии базируются на следующих постулатах: стандарты должны соответствовать существующим нормам международного права, иметь базовый характер и вытекать из понятия достоинства и ценности человека; быть достаточно четкими, чтобы дать возможность выделить права и обязанности, которые можно реализовать; содержать, по-возможности, механизм эффективной имплементации, включая систему отчетов; наконец, привлечь внимание и поддержку международного сообщества.

Работа по подготовке руководящих принципов-стандартов для оказания содействия эффективному осуществлению национального законодательства по вопросам прав человека осуществляется также в рамках конференций СБСЕ. Как сам Заключительный акт, так и итоговые документы всех последующих встреч на высшем уровне в рамках СБСЕ содержат положения относительно заявлений стран-участниц, выражающих готовность следовать разработанным стандартам.

Органы ОБСЕ, прежде всего Бюро по демократическим институтам и правам человека, также активно работают над подготовкой единых нормативов по правам человека на всем европейском пространстве[38].

4.4. Международная юстиция и развитие МСПЧ

Развитие международного права посредством разработки единых стандартов происходит в значительной степени благодаря деятельности органов международной юстиции: Международного суда ООН, Европейского суда по правам человека, Суда Европейского

Стандартные минимальные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением URL:http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r110.htm Основные принципы применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами URL: http://www.hri.ru/docs/?content=doc&id=53. Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов URL:http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Ri5bpij.html

[37] URL: http://www.un.org/russian//ga/41/docs/res41_3.htm

[38] См.: Руководящие принципы по свободе мирных собраний, подготовленные Советом экспертов БДИПЧ ОБСЕ по вопросам свободы собраний в 2007 г. В настоящее время экспертами БДИПЧ подготовлены рекомендации по противодействию дискриминации. URL: http://www.osce.org/odihr/item_2_30631.html

сообщества, Международных уголовных трибуналов, комитетов, созданных в рамках договоров по правам человека. При рассмотрении индивидуальных обращений судьи приходят к заключениям, которые впоследствии играют роль стандартных подходов.

Создавая правила, стандарты и подходы, которые затем восполняют пробелы в международном и национальном праве, суды тем самым выполняют роль законодателя, который, как известно, в международном праве отсутствует[39]. Роль судей в деятельности по формированию действующих стандартов в области права общепризнанна. Судья Международного суда ООН Нагендра Синх писал, что судебная деятельность развивает и укрепляет закон, регулирующий права человека, и что суд используют всякую возможность сослаться на общую концепцию прав человека, если существо дела позволяет сделать это[40]. Президент Международного суда ООН судья Женнинс говорит, что Суд играет двойную роль: общеизвестно, что он рассматривает споры, но одновременно с этим он развивает международное право[41].

Европейские суды играют ключевую роль в формировании единых стандартов в области защиты прав и свобод человека и создании единого правового пространства на Европейском континенте. Судебная деятельность Европейского суда по правам человека являет сегодня самый впечатляющий пример развития международного права в области прав и свобод. Российские авторы, употребляя термин «европейские стандарты в области прав человека», включают в это понятие наряду с базовыми документами Совета Европы также постановления Европейского суда по правам человека[42]. Публикации в российской литературе свидетельствуют о том, что, с одной стороны, решения Европейского суда последовательно формируют стандарт в сфере правосудия Российской Федерации (создания, функционирования, процедур и полномочий судов), а с другой – они же вырабатывают правовые ориентиры для судов в сложных и спорных вопросах осуществления правосудия[43].

---

[39] Van Hoecke M. Law as communication. Ore. 2002. P. 224.

[40] Singh N, Enforcement of Human Rights in Peace and War and the Future of Humanity. Kluwer. 1986. P. 252.

[41] Review of European Community & International Environmental Law.1992.Vol. 1. Issue 3. P. 241.

[42] Чумаков А. Европейские стандарты в области прав человека в российском уголовном процессе // Законность. 2005. № 12. С. 6–9.

[43] Анишина В.И. Влияние решений Европейского суда по правам человека на российское правосудие // Международное публичное и частное право. 2007. № 1. С. 3–15.

Европейский суд по правам человека неоднократно подчеркивал, что Конвенция по правам человека является развивающимся инструментом и что она должна отвечать на изменения, происходящие в социально-политических подходах. Суд указал, что невозможно опираться на формальную систему прецедента, когда заходит речь об интерпретации Конвенции. Суд указал, что Конвенция должна толковаться в свете условий нынешнего дня, когда права, гарантированные Конвенцией, при определенных обстоятельствах должны быть истолкованы шире, чем это происходило ранее[44].

В ходе толкования, осуществляемого судом, происходт как идентификация новых явлений, так и формирование правовых подходов к трактовке этих явлений. Стандарты, вырабатываемые в результате судебной деятельности, по мнению некоторых авторов, способны также оказывать глобальное влияние на развитие института защиты прав человека и на международные отношения в целом. Так, профессор Д. Форсит считает, что долговременная цель международного сообщества – это господство права, базирующегося на концепции прав человека. Это означало бы, по мнению автора, не только то, что международные отношения строились бы на стандартах в области прав человека, но прежде всего то, что эти общие нормы защищали бы права человека, воплощаясь в решениях международных и национальных судов[45].

Итак, как показыват анализ исторического развития, МСПЧ разрабатываются международными организациями и институтами, а затем конкретизируются в процессе правоприменения судебных и квазисудебных органов. Разработанные таким образом стандарты и подходы служат применению в отдельных внутригосударственных системах и оказывают, таким образом, непосредственное влияние на развитие законодательства и национальной практики.

5. Позитивистская и естественно-правовая концепции правопонимания

Спор между представителями позитивистской и естественно-правовой концепций – двух крайних теоретических направлений

---

[44] URL: http://cmiskp.echr.coe.int////tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=3011&sessionId=18138693&skin=hudoc-en&attachment=true

[45] Forsythe D. Human Rights in International Relations. Cambridge. 2006. P.12.

в теории права – должен быть упомянут в данной статье. Как известно, в основе этих концепций правопонимания лежит вопрос о взаимоотношении между личностью, реализацией индивидуальных свобод и государством. Из области теоретической и философской вопрос правопонимания перешел сегодня в область непосредственного применения, он стал методом и инструментом в работе юристов. Без учета этих направлений работа по поиску дефиниции правового понятия была бы неполной, поскольку выбор в пользу того или другого направления определяет подходы к вопросу формирования дефиниции МСПЧ.

Нелишне напомнить, что в основе юридического позитивизма стояла доктрина английского философа Томаса Гобса (1588–1679) об абсолютной власти суверенного государства. По Гобсу, именно суверен мог обеспечить наилучшую защиту индивиду, который и должен полностью подчиниться авторитарным правилам суверена. Без такого подчинения возникла бы война всех против всех (*bellum omnium contra omnes*). Развитие юридического позитивизма связывают с возвышением роли государства в буржуазном строе.

Джон Лок (1632–1704), соотечественник Гоббса, занял другую позицию и, взяв за основу концепцию «социального контракта», утверждал, что суверен должен лишь исполнять контракт и быть подотчетным народу. Он защищал теорию индивидуальных естественных прав человека и изначальную свободу человека от государства. В то же время Лок признавал, что, осознав необходимость управления и законов, человек ограничил свои свободы и прибег к социальному контракту, в котором и получил государству обеспечить закон, справедливый и независимый суд и полицию, которая обеспечивает исполнения решений суда.

Основной характеристикой понятия естественного права является присущее ему указание на природу права – как везде и всегда наличное, извне данное человеку и приоритетное по отношению к человеческим установлениям. Естественное право рассматривается как единственный и безусловный критерий правового характера всех человеческих установлений, включая позитивное право и государство.

Представители естественно-правового направления критикуются сторонниками позитивистского направления правопонимания за то, что в связи со смешением права и морали позитивное право и государство оценивается ими не с точки зрения правовых критериев,

а скорее исходя из нравственно-моральных принципов. Такие суждения, по утверждению позитивистов, не могут и не должны применяться к формально-содержательной стороне норм законов, которые формируются на уровне теоретических абстракций-принципов и форм долженствования. Они критикуют естественно-правовое направление за отсутствие надлежащей содержательной и понятийной определенности и общезначимости.

Европейские страны, как известно, следуют в основном методу строгого позитивизма, который в свою очередь стоит на строгом различии между lex lata и lex ferenda[46] и отрицает необходимость анализировать, каким право должно быть, но стоят на позициях того, что действующее право – единственное подлежащее применению. В основе правового позитивизма лежит концепция «действительности, законности» нормы закона. Норма представляет собой письменное правовое предписание, являющееся результатом деятельности особого органа, наделенного волей и полномочиями по изданию этого предписания. Эти нормы закона отличаются от моральных норм как силой предписаний, так и характером их возникновения. Таким образом, признание нормы «законной» ограничивается лишь оценкой формы, т.е. тем, издана ли норма компетентным органом и соответствует ли она другой норме, которая находится выше в иерархии актов[47]. Как законодатели, так и представители других ветвей власти должны исходить из того, что правовая норма изложена таким образом, что ее содержание имеет единственное значение, которое и должно быть понятным каждому, кто эту норму применяет.

Теоретической основой этой посылки является концепция разделения властей Монтескью[48], согласно которой законодательная, судебная

---

[46] Lex ferenda (иногда называют также de lege ferenda) – латинское выражение, означающее «каким закон должен быть», как противопоставление lex lata, которое, в свою очередь, понимается как «закон как он есть».

[47] Терия «чистого права» выдвинута австрийским философом Гансом Кельзеном (1881–1973) и основана на положении об исключительной роли «базовой» нормы как основы для дальнейшей «законности» последующих правовых установлений. См.: Paulson S. Introduction to Kelsen's Introduction to the Problems of Legal Theory. C. 2002. xvii.

[48] Montesquieu, Charles Secondat de (1689–1755) внес вклад в понимание современной демократии. Он дал определение классического разделения на три ветви власти. Обоснование такого разделения было следующим: если исполнительная и законодательная власть в одних руках, диктатор сможет издавать законы, которые будут обосновывать его незаконные действия. Если законодательная и судебная власть находятся в одних руках, судьи смогут создать законодательство, которое поможет оправдать любого, кого

и исполнительная власти не должны подменять друг друга. По мнению позитивистов, юристам не следует оценивать политику, социальные и исторические вопросы в связи с оценкой действующего права.

Таким образом, представители позитивистского направления[49] рассматривают право только в его формальном, объективном воплощении. С их точки зрения, именно закон порождает и формулирует право. Русский юрист В.Д. Катков в начале XX в. предлагал даже отказаться от слова «право» в русском языке и пользоваться вместо него словом «закон», поскольку, по его утверждению, в реальности нет такого явления, как «право»[50].

В 20-х годах того же столетия, разрабатывая устав Постоянного международного суда Лиги Наций, члены комитета, состоявшего из юристов США, Великобритании и Италии, категорически возражали против включения в устав принципа «объективного правосудия», обосновывая это тем, что «народы подчиняются позитивному праву, они не подлежат подчинению приниципам, которые еще не сформулированы в виде позитивных норм, нашедших признание среди всех государств»[51]. Тогда же международные юристы возражали против введения понятия преступления против человечества, ссылаясь на то, что отсутствует универсальный стандарт «человечества» (гуманности)[52].

Существует утверждение, что неопозитивизм с его отрывом от содержания и морали и оценкой законов исключительно с точки зрения их формальной сути ответственен за извращение права в системах с тоталитарным режимом, в частности в нацистской Германии при

они пожелают оправдать. Если же исполнительная и судебная власти находятся в одних руках, диктатор или судья путем принуждения могут заставить исполнять их решения путем оправдания этих необоснованных решений судебными решениями (примеры: Франция времен Великой Революции, нацистская Германия и др.)

[49] Представителями позитивизма в России в XIX–XX вв. являлись Д. Остин, Ш. Амос, К. Гербер, Г. Харт, Е.В. Васьковский, Г.Ф. Шершеневич, В.Д. Катков. См.: Нерсесянц В.С. Проблемы общей теории права и государства. М., 1999. С. 143.

[50] См.: Катков В.Д. Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция. Одесса, 1913. С. 391, 407.

[51] League of Nations, PCIJ, Advisory Committee of Jurists, Proces-verbaux of the Processing of the Committee (The Hague: Van Langenhusen Brouthers), at 287. Цит. по: Cassese A. International Law. Oxford. 2005. 612 p.

[52] See "Report Presented to the Preliminary Peace Conference by the Commition on the Responcibility of the Authors of War...", in Violations of the Laws and Customs of War... Oxford. 1919. P. 73. Цит. по: Cassese A. International Law. Oxford. 2005. 612 p.

национал-социализме. Постулат о «законности» закона обезоруживал юристов перед лицом государственных установлений с явно преступным содержанием[53].

Во время Нюрнбергского процесса международный военный трибунал принял концепцию «преступления против человечества», которая основывалась на естественно-правовом правопонимании. Это было горькой иллюстрацией того, что понятие «преступление против человечества» удалось сформулировать только после всех ужасов, порожденных нацизмом.

Во второй половине XX в. произошло «возрождение» естественного направления в праве как реакция на последствия фенкционирования тоталитарных государств и правовых режимов, основанных на безусловном подчинении закону. Большой вклад в это внес немецкий юрист Г. Рандбух. Он призывал вернуться к идее «надзаконодательного права», чтобы противостоять тоталитаризму «законного неправа»[54].

В основу Всеобщей декларации прав человека была положена концепция естественного права. Права и свободы были провозглашены стандартами для достижения для всех стран – участников ООН. «Верховенство права» как концепция, базирующаяся на естественно-правовом восприятии закона и государства, означает связанность государства, его должностых лиц и органов правами и свободами человека. Эта концепция пронизывает всю работу и деятельность ООН. В Декларации тысячелетия была подтверждена приверженность всех государств верховенству права в качестве наиважнейшей основы укрепления безопасности и процветания человека[55]. В соответствии с Уставом Совета Европы каждое из государств-участников обязалось признавать принцип верховенства права и принцип, в соответствии с которым все лица, находящиеся под его юрисдикцией, должны пользоваться правами человека и основными свободами.

Таким образом, естественно-правовое направление, в котором суть прав и свобод рассматривается в контексте современных условий и учитывает первичность прав по отношению к закону, превалирует в современном международном праве.

---

[53] Radbruch G. Gezetzliches Unrech und übergesetzliches Recht (1946) // Radbruch G. Rechtsphilosophie. 1983. S. 352.

[54] Radbruch G. Rechtsphilosophie. S. 336.

[55] URL: http://www.un.org/russian/documen/sgreport/a-61-1/ch4-1.html

Нельзя, однако, отрицать, что аргументы и принципы сторонников правового позитивизма являются сильными и не могут не учитываться, когда заходит речь о правовой определенности. и точности правовых предписаний. Государства, в особенности относящиеся к системе кодифицированных правовых систем, исходят из презумпции того, что нормативный акт, принятый в соответствии с установленной процедурой, имеет силу на территории юрисдикции этого государства.

Учитывая это, современное международное право выработало принципы-стандарты, которые содержат предписания, ограничивающие государства в осуществлении правового регулирования индивидуальных прав и свобод. Оценка соответствия внутригосударственного регулирования происходит, таким образом, на основании строгих критериев, таких как, например, принцип «соблюдения условия демократического развития общества», условие «сохранения существа затрагиваемого права» и т.д.

Термин МСПЧ, поиск дифиниции которого является целью данной работы, включает слово «стандарт» и в соответствии со значением этого слова призван служить масштабом, пригодным для сравнения с другими образцами. Как правовое явление стандарты должны отвечать требованиям определенности и точности. Таким образом, с точки зрения этих формальных условий стандарты выступают продуктом правового позитивизма. С другой стороны, сущность МСПЧ, несомненно, лежит в плоскости естественного понимания происхождения и сущности прав человека.

Следует, очевидно, прийти к выводу, что процесс создания и имплементации МСПЧ происходит на стыке двух крайних правовых теорий и по существу представляет собой продукт нового правового понимания, истоком и постоянным ориентиром в котором выступает понимание естественного происхождения прав человека, но процесс по уяснению содержания этих норм и воплощения их в «жесткие формы» базируется на позитивистском подходе, обеспечивающем наличие правового содержания и формы предписаний, которые могут выступать в качестве стандартов и эталонов.

6. Выводы

1. Понятие МСПЧ является *правовой категорией*, употребляется в нормативных и невербальных актах международного

и национального правоприменения, имеет непосредственное отношение к правовому регулированию.

2. МСПЧ базируются на *естественно-правовой концепции*.

3. Даже при наличии некоторых разночтений, обусловленных тем, что понятием МСПЧ оперируют субъекты как на международном уровне, так и в отдельных национальных правовых системах, *принцип универсальности* как основа искомой дефиниции признается представителями различных правовых систем и может служить основой для дефиниции МСПЧ.

4. В ходе исследования выявлен *ряд основных понятийно-образующих черт* МСПЧ, позволяющих дать такую дефиницию этого понятия:

МСПЧ – это правовое понятие, определяющее ту группу нормативных и вербальных актов (инструментов), принятых и признаваемых на международном уровне, которые независимо от того, порождают ли они правовые обязательства для конкретных государств, в силу принципа их универсальности и осуществления функции по защите фундаментальных прав и свобод человека, являются эталоном для государств, подлежат непосредственному применению в национальных правовых системах и позволяют определить степень реализации прав и свобод человека в этих государствах.

С учетом того, что процесс формирования МСПЧ продолжается, работу по поиску их точного определения нельзя считать завершенной. В дальнейших исследованиях условие сохранения баланса между принципом правовой определенности и естественно-правовой природой прав человека необходимо по-прежнему учитывать.

Библиографический список

Анишина В.И. Влияние решений Европейского суда по правам человека на российское правосудие // Международное публичное и частное право. 2007. № 1.С. 3-15.

Вопленко Н.Н. Нормы права: Лекция для студентов юридического факультета. Волгоград, 1997. С. 6.

Вопленко Н.Н. Давыдова М.Л. Правовые дефиниции в современном российском законодательстве // Вестники ННГУ. 2001. № 1(3). С. 64-71.

Голубок С.А. Международно-правовые стандарты права на судебную защиту // Правоведение. 2007. № 1. С. 112.

Игнатенко, Г.В. Международное право: Учеб. для вузов / Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 2008. С. 454.нко // Вестники ННГУ. 2001. N 1(3). С. 64-71.

Каламкарян Р.А. Права человека в России: декларации, нормы и жизнь (материалы Международной конференции, посвященной 50-летию Всеобщей декларации прав человека) // Государство и право.2000. № 3. С. 37-50.

Катков В.Д. Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция. Одесса, 1913. С. 391,407.

Лукашева Е.А. Права человека в глобализирующемся мире // Права человека и процессы глобализации современного мира / Под ред. Е.А. Лукашевой .М., 2007. С. 10-81.

Нерсесянц В.С. Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. проф. В.С. Нерсесянца. М.: Издательская группа НОРМА-Инфра, 1999.

Оганесян С.М. Понятие международных стандартов прав человека //Международное публичное и частное право. 2008. № 2. С. 18-21.

Пертли В.А. Реализация международных стандартов по обращению с осужденными в России //Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2006. № 4. С. 36-39.

Сюкияйнен Л.Р. Исламская конвенция прав человека // Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2002.

Тиунов О.И. Международно-правовые стандарты как фактор глобального правового пространства // Глобализация, государство, право, XXI век: материалы Московского юридического форума / Под ред. В.И. Блищенко. М.: Городец-издат, 2004. С. 156.

Чумаков А. Европейские стандарты в области прав человека в российском уголовном процессе // Законность. 2005. № 12. С. 6- 9.

Baade, H.W. The Legal Effect of Codes of Conduct for MNEs/ H.W. Baade// Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises/ Baade, H.W.and others; N. Horn (ed.). Deventer: Kluwer., 1980. p. 3-38.

Bedi, S.R. The development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice/ S.R. Bedi - Oxford-Portland Oregon, 2007.

Bonacker, Th. Inklusion und Integration durch Menschenrechte Zur Evolution der Weltgesellschaft erschienen/ Th. Bonacker //Zeitschrift für Rechtssoziologie. 2003. N24. Heft 2 2003. S. 121-149.

Brütsch C., Verrechtlichung der Weltpolitik oder Politisierung des Rechts? Die Debatte über transnationales Recht in den Internationalen Beziehungen/ Brütsch C.//Zeitschrift für Rechtssoziologie. 2002. vol. 23. №2. S. 165-183.

Cassese, A. International Law / A. Cassese.- Oxford, University Press, 2005.

Crawford, J. International Law as an Open System / J.Crawford. Cameron May Ltd, London, 2002.

Donnelly, J. International human rights: a regime analysis/ J. Donnelly //International Organizations.1986. Vol. 40. P. 599-642.

Forsythe, D. Human Rights in International Relations./ D. Forsythe.- Cambridge University Press, 2006.

García Amador, F. V. Report to the ILC /F. V. García Amador//Yearbook of the International Law Commission. 1956. Nii. P. 201, para. 3.

Hannum, H. The Status of the UDHR in National and International Law/ H.Hannum// Georgia Journal of International and Comparative Law. 1995N6 P. 313.

Van Hoecke, M. Law as communication/ Mark Van Hoecke.- Hart Publishing Portland, Ore, 2002.

Lillich, R.B. The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law/ R.B, Lillich.- Manchester University Press ND, 1984.

Jennings, R. The Role of the International Court of Justice in the Development of International Environment Protection Law/ R.Jennings //Review of European Community & International Environmental Law. 1992. Volume 1. Issue 3. p. 241.

Paulson, S., Introduction to Kelsen's Introduction to the Problems of Legal Theory, Clarendon 2002, xvii.

Radbruch G. Gezetzliches Unrech und übergesetzliches Recht (1946)// Radbruch G. Rechtsphilosophie. Heidelberg, 1983. S. 352.

Riedel, E. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? /E. Riedel//European Journal of International Law.- 1991.-N 2(1).-P. 58-84.

Roth, A.H. The Minimum Standard of International Law applied to Aliens / A.H. Roth.- Leiden, A. W. Sijthoff, 1949.

Shelton, D. Commitment and compliance/ D. Shelton.- Oxford University Press, 2000.-596 p.

Tietje, Ch. Recht ohne Rechtsquellen?/ Ch. Tietje //Zeitschrift für Rechtssoziologie. - 2003.- N 24.- S. 27-42.

Singh, N, Enforcement of Human Rights in Peace and War and the Future of Humanity/ N. Singh.- Kluwer Law International.-1986.

International Standards on Human Rights: Problems of Legal Definition
(Summary)

*Liudmila V. Ulyashyna**

The article contains analysis devoted to a research on a definition of "International Standards on Human Rights" (ISHR). The concept has been expanded during last decades in public and legal practice. There is a need to define the expression due to the principle of legal certainty for terms applied in law. The research introduces a review of existing academic research. The article includes also the lexical examination of the term and shows the historical development of "a common standard of achievement for all peoples and all nations". Looking for the most comprehensive definition the author assessed the basic legal doctrines, namely positivism and natural schools of law. The quest allows finding approaches, which help to find main characteristics and functions for the description of the ISHR. The proposed definition though is open for further perfection since the concept is constantly shaping.

Keywords: International Standards on Human Rights; sources of international law; implementation; legal definition.

* Liudmila V. Ulyashyna - lawyer, Magister Legum (Germany), LL.M (Norway), manager at the Human Rights House Foundation (Oslo, Norway). l.ulyashyna@gmail.com.

Права человека и гражданина в Израиле

*Илиев Р.Л.**

В статье рассматриваются основы, особенности и специфика развития прав человека и гражданина в Израиле. Конституционно-правовое закрепление большей части этих прав и свобод было достигнуто в ходе «конституционной революции». В стране сохраняется существенное влияние религиозного права, которое проявляется прежде всего в регулировании личного статуса (браки и разводы). В отсутствие единой писаной конституции основным гарантом соблюдения прав человека и гражданина выступает Верховный суд. Сложившийся статус личности в Государстве Израиль позволяет рассматривать его как правовое демократическое государство.

Ключевые слова: Израиль; права человека; права гражданина; конституционное право; Верховный суд.

Анализ юридического статуса личности в Государстве Израиль свидетельствует о том, что такой ключевой конституционный институт, базируясь на признанных демократических ценностях, отличается разительными особенностями. Это делает его по-своему неповторимым по сравнению с подобными институтами в других государствах. Проблема базовых принципов, специфики правового статуса личности в стране еще не разработана в достаточной мере. Актуальность исследования заключается и в том, что в начале XXI века в самом Израиле рассматриваемая тематика оказалась в фокусе внимания политических кругов и общественности.

Израильское государство представляет собой особый случай относительно той роли, которую играет концепция прав человека в его общественной жизни в силу ряда причин. Во-первых, первый из основных (конституционных) законов, непосредственно посвященных правам человека, был принят в Израиле много позднее, чем в подавляющем большинстве демократических государств – только в 1992 г. Во-вторых, в Израиле до сих пор нет полноценной конституции и полноценного Конституционного суда, хотя отдельными юристами и делаются попытки объявить одиннадцать принятых в 1958–1994 гг.

* Илиев Роман Лазерович – аспирант кафедры конституционного права МГИМО (У) МИД России.

основных законов своего рода конституцией, а Верховный суд – своего рода Конституционным судом, эти попытки трудно признать в полной мере убедительными, а ведь именно конституции и конституционные суды, как правило, и являются основными гарантами соблюдения прав и свобод граждан. В-третьих, жесткая реальность арабо-израильского конфликта не может не оказывать значительного влияния на весь комплекс вопросов, связанных с соблюдением в стране прав и свобод человека и гражданина.

Как справедливо отмечает автор ставшей уже классической книги о конституционно-правовой системе Государства Израиль профессор В.П. Воробьев, с момента создания Государства Израиль защита прав человека в нем являлась в основном прерогативой органов правосудия (прежде всего Верховного суда как Высшего суда справедливости). «Это объяснялось прежде всего тем, что в стране вплоть до настоящего времени отсутствуют как единая писаная конституция, так и декларация (хартия) прав человека. Принято считать, что с принятием ряда основных законов Израиль получил формальную конституцию; что же касается единого документа о правах человека, то он до сих пор не выработан»[1].

В Израиле нет судов присяжных, но доступность гражданам Высшего суда справедливости, куда может подать иск каждый житель как Израиля, так и «контролируемых» территорий, является важнейшим фактором, обеспечивающим защиту прав и свобод личности. Верховный суд Израиля так определил свою задачу по защите прав и свобод граждан: «В нашем государстве никакая Конституция не гарантирует основные права граждан. Верховный суд в качестве Высшего суда справедливости призван сохранять эти права и предоставлять гражданину помощь в том случае, если одна из фундаментальных свобод нарушается путем принятия акта со стороны властей»[2].

Следует отметить, что, несмотря на неоднократные попытки принятия в Израиле законодательства, касающегося положения с правами человека[3], только на рубеже 1980–1990-х гг. удалось достичь результатов в этом вопросе. Израильский адвокат Э. Фельберг

[1] Воробьев В.П. Конституционно-правовая система Государства Израиль. М. : Национальное обозрение, 2002. С. 49.

[2] Цит. по: Воробьев В.П., Воробьева Е.В. Верховный суд в конституционно-правовой системе Государства Израиль. М.: МГИМО – Университет, 2008. С. 154.

[3] См.: Фельберг Э. Права человека. Честь и свобода. Тель-Авив: Издательство «Книга», 2004. С. 8–11.

справедливо указывает на выдающийся вклад видного политического и общественного деятеля Амнона Рубинштейна в создание и принятие в 1992 г. Основных законов о правах личности. Впервые он представил соответствующий закон 15 ноября 1989 г. Однако вскоре стало ясно, что религиозные партии не допустят его принятия. Чтобы попытаться добиться принятия Основного закона о правах человека, Амнон Рубинштейн применил новый подход, оказавшийся успешным. Этот подход заключался в разделении Основного закона о правах человека на отдельные законопроекты, каждый из которых должен был обеспечить конституционное закрепление определенного пакета прав. А. Рубинштейн предложил разделить законопроект на четыре части: честь и свобода личности; свобода профессиональной деятельности; свобода слова и свобода организаций. Из первых двух были изъяты права, вызывающие разногласия, а чтобы обеспечить согласие религиозных партий, А. Рубинштейн включил в него формулировку, согласно которой «Израиль – государство еврейское и демократическое»[4].

На основе этого подхода были приняты в предварительном чтении: 3 апреля 1991 г. – проект Основного закона о свободе и достоинстве личности, а 8 мая 1991 г. – проект Основного закона о профессиональной свободе. В конце концов исключительный по своей напряженности и продолжительности законодательный процесс привел к принятию этих двух Основных законов в марте 1992 г.

Благодаря Основному закону о достоинстве и свободе личности целый ряд важных свобод впервые обрел свое место в писаном конституционном акте. Вот его важнейшие положения[5]:

«Никто не вправе причинять ущерб жизни, личной неприкосновенности, чести и достоинству человека» (ст. 2).

«Никто не вправе наносить ущерб собственности человека» (ст. 3).

«Каждый человек имеет право на защиту своей жизни, личной неприкосновенности, чести и достоинства» (ст. 4).

«Никто не вправе лишать человека свободы или ограничивать ее посредством ареста, задержания, заключения, а также любым иным способом» (ст. 5).

«Каждый может свободно выехать из Израиля» (ст. 6а).

---

[4] Там же. С. 11.

[5] Воробьев В.П. Конституционно-правовая система Государства Израиль. М.: Национальное обозрение, 2002. С. 97–98.

«Каждый гражданин Израиля, находящийся за его пределами, вправе вернуться в страну» (ст. 6б).

«Каждый гражданин или житель Израиля имеет право на неприкосновенность его частной жизни» (ст. 7а).

«Никто не вправе вторгаться в жилище без согласия его хозяина» (ст. 7б).

«Никто не вправе производить обыск в частном владении человека, а также обыскивать его самого или его личные вещи» (ст. 7в).

«Никто не вправе разглашать чьи бы то ни было устные или письменные высказывания, а также нарушать тайну переписки» (ст. 7г).

Он гарантирует не допускать посягательство на жизнь, физическую неприкосновенность и на достоинство личности. Таким образом, любой человек в Израиле пользуется защитой от ареста, содержания в заключении и от экстрадиции, имеет право на защиту своего жилища: никто не может проникнуть в него без его согласия. Не могут производиться обыски жилища и личные досмотры (что включает в себя физическую целостность и личные предметы). Не может нарушаться тайна переписки (в любой форме). Возможно, однако, законное установление ограничений.

Согласно этому Основному закону, достоинство личности – это прежде всего запрет подвергать человека пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию, а также проводить без добровольного согласия медицинские, научные или иные исследования. Защите достоинства служат и другие конституционные нормы: право на жизнь, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защита своей чести и доброго имени, запрет сбора и распространения информации о частной жизни и т.д.

Израильский Основной закон о профессиональной свободе, принятый в первой редакции в 1992 г., а во второй – в 1994 г., гласит, что «любой гражданин или житель страны вправе избрать любую работу, занятие или профессию». В статье 4 этого Основного закона подчеркивается: «Не допускается ограничение свободы деятельности, за исключением случаев, предусмотренных законом, не противоречащим основным принципам государства Израиль, принятым с конкретной целью, в разумных пределах, или в соответствии с законом, в силу лицензирования определенного рода деятельности». Этот Основной закон ограничивает свободу предпринимательства в двух случаях:

когда такое предпринимательство прямо запрещено законом, принятым Кнессетом; и когда для осуществления рода деятельности требуется лицензия (медицина, адвокатура, другие виды лицензированной деятельности). Он содержит особую ограничительную статью, которая предусматривает, что этот закон может быть изменен только абсолютным большинством голосов членов Кнессета (как правило, для изменения законов в Израиле во всех трех чтениях достаточно относительного большинства голосов депутатов).

Эти Основные законы, однако, не имели продолжения; напротив, с тех пор процесс конституционного законотворчества в Израиле практически застопорился вообще (с 1992 г. в Израиле не было принято ни одного Основного закона), и планировавшиеся «следом» законы о свободе печати, митингов, собраний, совести и вероисповедания и др. так и не были приняты.

Присоединение Израиля к основным международным конвенциям в области защиты прав человека[6] решило проблему отсутствия в стране адекватного правозащитного законодательства лишь частично. Под некоторыми из этих конвенций Израиль поставил свою подпись лишь спустя много лет, в 1991 г., израильский парламент ратифицировал их, тем самым приняв дополнительные обязательства по защите и обеспечению прав человека. Однако и в этой связи следует отметить, что при ратификации этих конвенций Израиль отмежевался от некоторых их пунктов, связанных, в частности, с правом на свободное вступление в брак и создание семьи.

При наличии столь существенных лакун в правозащитном законодательстве роль судебной власти выходит далеко за рамки толкования законов – фактически Верховный суд в значительной мере формирует правовые нормы в стране. При этом в его полномочия входит исключительно рассмотрение апелляций на решения судов низших инстанций. Задачи, которые ставит перед собой Верховный суд Израиля в качестве Высшего суда справедливости, вполне созвучны тем, которые стоят перед конституционными судами других развитых демократических стран.

---

[6] В их числе конвенции «О гражданских и политических правах» (1966); «О социальных, экономических и культурных правах» (1966); «О ликвидации всех форм расовой дискриминации» (1966); «Об отмене всех форм дискриминации женщин» (1979); «О запрещении пыток, а также жестокого, бесчеловечного либо унижающего достоинство отношения или наказания» (1984); «О правах ребенка» (1989).

К числу институтов, гарантирующих права и свободы, относится получающий все более широкое распространение институт уполномоченного по правам человека (омбудсман, комиссар, посредник, народный защитник и т.п.). В Израиле эти функции возложены на государственного контролера, избираемого Кнессетом на семилетний срок из числа судей (или судей в отставке).

Основной закон о Государственном контролере был принят в 1988 г. вместо аналогичного закона от 1958 г., который не имел «конституционного» статуса[7]. В исполнении своих обязанностей Государственный контролер независим от правительства и несет ответственность только перед Кнессетом, который имеет право сместить Государственного контролера большинством в 2/3 голосов депутатов, принимающих участие в голосовании. Согласно статье 2(а) Основного закона о Государственном контролере, его проверке подлежат: правительственные учреждения; лицо или группа лиц, ведающие государственной собственностью не на договорном основании; органы местного самоуправления; любое предприятие, учреждение, фонд или другое общество, в управлении которым прямо или косвенно принимает участие правительство или орган местного самоуправления; предприятие, учреждение, фонд или другое общество, получающее прямую или косвенную помощь (в виде субсидий, дотаций, поручительств и т.п.) правительства или органа местного самоуправления.

Согласно принятому в 1971 г. дополнению к Закону о Государственном контролере, которое затем было зафиксировано в статье 4 Основного закона от 1988 г., в компетенцию Государственного контролера входит и рассмотрение жалоб граждан; в этой роли Государственный контролер именуется Уполномоченным по жалобам граждан. Любое лицо может подать Уполномоченному жалобу на действия физических и юридических лиц и организаций, подлежащих проверке Государственным контролером. Жалоба может быть подана на действия, прямо затрагивающие подателя жалобы или лишающие его каких-либо привилегий, если эти действия, по мнению подателя жалобы, противоречат закону (или совершены без законного основания), или не соответствуют принятым административным нормам, или чрезмерно строги, или явно несправедливы. Уполномоченный может издать любое распоряжение, которое он сочтет правильным, включая

[7] Хачим Ф.И. Конституционное право стран Ближнего Востока. М.: РУДН, 2001. С. 67–69.

распоряжение о защите подателя жалобы, восстановлении его в должности и т.п. Нарушение такого распоряжения является дисциплинарным правонарушением. Если при расследовании жалобы возникает подозрение в совершении уголовного преступления, Уполномоченный обязан довести дело до сведения прокуратуры и юридического советника правительства.

Уполномоченный по жалобам граждан должен ежегодно представлять отчет о своей деятельности Кнессету, который рассматривает отчет и выносит по нему заключения и законодательные предложения. Эффективность работы Управления Государственного контролера сравнительно невысока: как правило, лишь наиболее вопиющие факты из состоящих из многих сотен страниц отчетов Государственного контролера становятся предметом обсуждения в средствах массовой информации. Материалы, собранные Государственным контролером в ходе расследований, не считаются доказательствами в ходе судебного разбирательства, поэтому зачастую полиция и прокуратура дублируют некоторые действия Государственного контролера и его аппарата.

Как справедливо констатирует член-корреспондент РАН М.В. Баглай, «важнейшей предпосылкой приобретения человеком всех установленных законами прав и обязанностей в государстве является гражданство. Под гражданством понимают устойчивую правовую связь лица с данным государством, т.е. признание государством этого лица в качестве полноправного субъекта всех прав и обязанностей»[8]. Регулирование отношений, связанных с приобретением и утратой гражданства, относится к числу прерогатив государственной власти, вытекает из принципа государственного суверенитета. Состояние гражданства создает права и обязанности для лица не только на территории данного государства, но и за рубежом. Практически в каждом государстве проживает немало людей, не являющихся гражданами данного государства, но пользующихся определенными гражданскими правами. Однако в полном объеме гражданскими правами, а следовательно, и правовой защитой своих прав обладают лица, имеющие законно оформленное гражданство.

Доля иммигрантов в населении Израиля была и остается крайне высокой, так как эта страна была изначально создана как

[8] Конституционное право зарубежных стран: Учебник для вузов / МГИМО (У) МИД России. Под общ. ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо, Л.М. Энтина. М.: НОРМА, 2008. С. 78.

переселенческое общество, и если в начале XX века в Палестине проживали лишь около 0,5% всех евреев мира, то в настоящее время – около 40% [9]. Как следствие, вопрос о путях приобретения гражданства имел и сохраняет в Израиле особую актуальность и остроту, а законодательство об иммиграции, гражданстве и судебная практика по этим вопросам весьма развиты.

Институт гражданства в Израиле во многом выступает как беспрецедентный случай для остального мира. Этот институт основывается на принятых в первые годы израильской государственности Законе о возвращении 1950 г. и Законе о гражданстве 1952 г., которые базируются на предпосылке, что Государство Израиль существует с целью предоставления национального очага евреям всего мира. При этом гражданство в Израиле могут иметь (и имеют) лица разных национальностей: евреи, арабы, друзы и т.д.

В Израиле значительная часть населения имеет два гражданства: израильское и страны исхода. Хотя разумно считать, что «лица с множественным, двойным гражданством обладают правами и несут обязанности в соответствии с законодательством всех тех государств, гражданами которых они являются»[10]. Позиция израильских властей состоит в том, что второе (а иногда даже третье и четвертое) гражданство является исключительно личным делом тех, у кого оно есть, и это никак не влияет ни на их гражданские права, ни на их обязанности внутри Израиля.

Граждане Израиля могут въехать в страну и выехать из нее исключительно по предъявлении израильского заграничного паспорта, а никак не по удостоверениям личности других государств.

Как и почти во всех остальных странах, гражданство в Израиле приобретается двумя основными способами: в силу факта рождения («филиация») и путем натурализации («укоренение»). Полученное однажды израильское гражданство передается из поколения в поколение.

Приобретение гражданства в силу рождения не связано с волеизъявлением лица, не требует совершения каких-либо действий, свидетельствующих о его желании приобрести гражданство данного государства. Оно осуществляется автоматически на основе действующего

---

[9] См.: DellaPergola S. The Global Context of Migration to Israel // Immigration to Israel. Sociological Perspectives, ed. by E. Leshem and J.T. Shuval. New Brunswick: Transaction Publishers, 1998. P. 51–92.

[10] Там же. С. 53.

законодательства. При этом в качестве основных принципов применяются «право крови» и «право почвы»[11]. Для большинства современных государств характерно сочетание этих двух принципов, однако в Израиле «право почвы» практически отсутствует. Единственные, кто могут получить израильское гражданство по рождению, – это дети граждан Израиля, вне зависимости от того, родились они в стране или за ее пределами. Дети иностранных рабочих, туристов, арабских жителей контролируемых территорий и т.д., пусть и родившиеся на территории Израиля, не могут получить гражданство страны. Таким образом, нельзя не отметить, что в стране сложилась аномальная ситуация, когда одни и те же гражданско-правовые институты должны применять в отношении прав человека два различных подхода: в отношении граждан страны (как евреев, так и арабов) и в отношении арабских жителей «контролируемых» территорий, не имеющих израильского гражданства.

Перед Государством Израиль проблема противостояния терроризму стоит очень остро, но не менее важным является и вопрос сохранения прав и свобод граждан в условиях достаточно частого ведения боевых действий и масштабных контртеррористических операций[12]. Права человека не зависят от гражданского статуса тех или иных групп населения, и проблема неурегулированности политико-правового статуса тех или иных занятых в ходе Шестидневной войны (1967 г.) территорий не должна оказывать определяющее влияние на реализацию прав их жителей. При этом гражданскими правами в Израиле наделены только лица (как евреи, так и арабы и представители других национальностей), живущие в пределах так называемой «зеленой черты», хотя отдельные гражданские права (например, право подачи исков в Высший суд справедливости) имеют и жители «контролируемых» территорий[13].

В 1980-е и 1990-е гг. значительное внимание израильской общественности было сосредоточено на вопросе применения пыток

---

[11] Конституционное право зарубежных стран / Под ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо и Л.М. Энтина. С. 79–80.

[12] См. обсуждение этого вопроса в статье: Лахав П. «Бочка без обручей»: влияние борьбы с террором на израильскую юридическую культуру // Национальная безопасность и демократия в Израиле / Под ред. Б. Нойбергера, И. Бен-Ами и А.Д. Эпштейна. Том 1. Раанана: Открытый университет Израиля, 2007. С. 306–351.

[13] См.: Хофнунг М. Израиль – безопасность страны и власть закона. Иерусалим: Издательство «Небо», 1991. С. 281–336 [на иврите].

к подозреваемым в террористической деятельности, которых допрашивали следователи спецслужб. Рост интереса к данной теме последовал за публикацией выводов Комиссии под председательством судьи Моше Ландоя, обнаружившей, что сотрудники Общей службы безопасности (ШАБАКа) незаконно пытали задержанных. Комиссия постановила, что «давление на подследственного ни в коем случае не должно принимать форму физических истязаний или серьезного унижения, способного лишить его человеческого облика», но при этом сохранила за спецслужбами право «при определенных обстоятельствах отступать от принципа, согласно которому следствие не должно сопровождаться физическим воздействием на подозреваемого». В секретном отчете Комиссии устанавливалось, «как, когда и каким способом» можно отступать от вышеуказанного принципа. Однако выводы Комиссии Ландоя не поставили точку в дискуссии о вопросе допустимости пыток.

В Государстве Израиль смертная казнь предусматривается только для лиц, виновных в нацистском геноциде, и за предательство во время военных действий; форма смертной казни для гражданских лиц – повешение, для военнослужащих – расстрел. За всю историю Израиля были приведены в исполнение лишь два смертных приговора (один, известный как «дело Тубянского», – по приговору полевого суда с посмертной реабилитацией; другой – казнь нацистского преступника Адольфа Эйхмана в 1962 г.). Противники смертной казни в Израиле подчас ссылаются на постановления раввинатских судов, согласно которому с разрушением Храма в Израиле утрачено право налагать смертную казнь. Во время первого после образования государства судебного процесса над подозреваемым в убийстве оба верховных раввина страны (ашкеназский и сефардский) обратились к министру юстиции с требованием немедленно отменить смертную казнь, предусматривавшуюся британским правом. Верховные раввины указали, что смертная казнь несовместима с еврейским правом и ее осуществление было бы религиозным преступлением. С 1962 г. израильские суды не выносили смертных приговоров, даже когда речь шла об особо опасных преступниках.

Критики отмечают, однако, что, хотя израильские суды не выносят смертных приговоров, немалое число арабских граждан страны погибло в ходе столкновений, сопровождавших демонстрации протеста в арабском секторе. Так, в отчете Ассоциации за гражданские права

за 2008 г. говорится о том, что с октября 2000 г. (когда началась вторая интифада) службами безопасности были убиты 34 арабских гражданина Израиля и что в большинстве случаев подозреваемым в убийстве не были предъявлены официальные обвинения. Профессор права Рут Габизон, в прошлом возглавлявшая Ассоциацию за гражданские права, напротив, высоко оценивает уровень межнациональной терпимости в израильском обществе. В статье, написанной в 2003 г., она констатирует: «Когда в октябре 2000 года тринадцать израильских арабов были убиты в ходе арабских беспорядков, была создана государственная комиссия по расследованию во главе с судьей Верховного суда Теодором Ором»[14].

Хотя в Израиле защита жизни, личной неприкосновенности и достоинства включена в Основной закон о достоинстве и свободе личности (статья 4 гарантирует право на защиту своей жизни, личной неприкосновенности, чести и достоинства), правозащитники выдвигают к органам государственной власти массу претензий по этому поводу. Из отчета Ассоциации за гражданские права, например, следует, что «полиция превышает полномочия, данные ей законом, который позволяет различным органам власти получать у сотовых компаний и провайдеров Интернета личную информацию о любом человеке»[15]. В октябре 2008 г. Кнессет принял в первом чтении проект закона о создании в Израиле базы биометрических данных, которая будет включать в себя отпечатки пальцев и данные для идентификации черт лица, для производства загранпаспортов и удостоверений личности нового образца. Подобной базы данных нет ни в одном другом демократическом государстве. Министерство здравоохранения Израиля занимается разработкой проекта о создании компьютерной системы для объединения в ней медицинских данных всех жителей страны. Уже сегодня проводится пилотный этап этого проекта без соответствующих указаний или контроля за безопасностью информации.

Взаимоотношение норм свободы совести и свободы мысли является среди израильских правоведов предметом дискуссий. В стране действуют религиозные нормы, касающиеся взаимоотношений

[14] См.: Эпштейн А., Меламедов Г. Двунациональное еврейское государство и проблемы арабоязычного населения Израиля (к выводам Госкомиссии под председательством Теодора Ора) // Ближний Восток и современность. (Москва: Институт изучения Израиля и Ближнего Востока). 2003. № 20. С. 17–34.

[15] Отчет израильской Ассоциации за гражданские права за 2008 год. Иерусалим. [на иврите].

между религией и государством, и некоторые из этих норм противоречат принципам демократии, принятым в странах с либеральными политическими режимами[16]. Во всех западных демократиях считается общепринятым, что государство должно обеспечивать свободу в религиозной сфере. Она предполагает как свободу вероисповедания, так и свободу от вероисповедания. В странах с либерально-демократическими режимами государство не вмешивается в вопросы веры и не использует свою власть для того, чтобы навязывать своим гражданам религиозный или светский образ жизни. С этой точки зрения существующая практика в Израиле подвергается серьезной критике.

Общепризнанным, однако, является и то, что Государство Израиль не может осуществить свободу вероисповедания во всей ее полноте, поскольку в сфере семейного права и ряде других областей действует религиозное право *(Галаха)*, приходящее в противоречие с основополагающими демократическими ценностями. *Галаха* отрицает прежде всего полномочия выборного правительства, суверенитет парламента и приоритет судебных инстанций. Навязывание *галахических* принципов посредством законов государства, должным образом принятых Кнессетом, также спорно с точки зрения демократии. В многочисленных постановлениях Верховного суда резко критикуется брачно-семейное право, так как его нормы представляют собой грубое нарушение прав человека.

В Израиле формально нет государственной (то есть обязательной для граждан) религии, но она и не отделена от государства. Статус иудаизма в Государстве Израиль не получил законодательного оформления из-за разногласий в обществе по вопросу об отношении религии к государству и ее роли в обществе. Тем не менее большинство населения поддерживает сохранение в той или иной форме специфически еврейского характера израильской государственности и общества.

Специалисты сходятся во мнении, что Израиль, с одной стороны, не является теократическим государством, но, с другой стороны, он также не является страной, где религия отделена от государства. Часть исследователей склонна видеть в иудаизме «нечто вроде официальной религии», а в лице ортодоксального раввината – некое подобие официальной религиозной организации. Другая часть, наоборот, оспаривает эту точку зрения, утверждая, что, поскольку государство

[16] Воробьев В.П. Конституционно-правовая система Государства Израиль. С. 115.

не обязывает граждан соблюдать религиозные нормы, а Министерство по делам религий (ныне расформированное) курировало все конфессии, говорить о наличии в стране официальной религии оснований нет.

Стремление израильского общества к компромиссу, приемлемому для религиозных и нерелигиозных кругов, а также к сохранению национальных традиций в государственной и общественной жизни страны нашло выражение в так называемом статус-кво, сложившемся еще до возникновения израильского государства: юрисдикция раввинских судов в области личного статуса (браки и разводы) членов еврейской общины; запрещение работы в субботу и дни религиозных праздников в государственных учреждениях и общественных заведениях, на общественном транспорте, на промышленных предприятиях и в сфере обслуживания; запрещение публично продавать квасное (хамец) в Песах; существование особой сети религиозных школ; признание и субсидирование религиозных учреждений и служб.

Справедливым представляется поэтому вывод о том, что «пока все вопросы, связанные с регистрацией актов гражданского состояния, находятся в стране в ведении судов религиозных общин, проявление дискриминации на религиозной почве неизбежно. Наличие системы религиозных судов и отсутствие института гражданского брака способствуют сохранению в израильском обществе различных этнических и конфессиональных групп, полное равенство которых перед законом обеспечить практически невозможно»[17]. Между израильскими юристами ведутся споры о том, насколько право на свободу совести включает в себя и право на отказ от воинской службы по соображениям совести (пацифизм), – вопрос отнюдь не праздный в стране, где обязательному призыву подлежат как юноши, так и девушки.

В отсутствие в Израиле единой писаной конституции юридическая норма в вопросе свободы митингов и демонстраций также была установлена Верховным судом. Позиция Верховного суда и юридического советника правительства была и оставалась неизменной: право граждан на мирные демонстрации сомнению не подлежит, а обязанность по обеспечении правопорядка и безопасности всех граждан, включая самих участников демонстраций, лежит на полиции.

---

[17] Конституционное право зарубежных стран / Под ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо и Л.М. Энтина. С. 1031.

Подчеркнем, что подобная либеральная доктрина укоренилась в Израиле в отсутствие какого-либо закона о праве на демонстрацию. Единственной существующей в стране законодательной базой в данной сфере до сих пор остается совершенно неадекватный настоящему времени Ордонанс о полиции, принятый британскими мандатными властями еще в 1926 г.

Нет сомнений, что в целом достижения Израиля в сфере свободы слова и печати весьма значительны, во многом опять же благодаря позиции, занятой Верховным судом. Так, в 1982 г. Верховный суд установил юридическую норму в отношении права граждан на получение достоверной информации по общественным и политическим вопросам.

При этом следует отметить, что в Израиле на протяжении многих лет существует (она не отменена до сих пор) предварительная военная цензура на печатные издания различного рода, а также на теле- и радиотрансляции. Цензура распространялась также на сообщения иностранных корреспондентов и на публикации, которые перепечатывались из зарубежных источников. В Израиле существует три вида цензуры: «внешняя цензура» – осуществляемая посредством законов, предписаний и постановлений; «добровольная цензура» – соглашения, которые заключаются между редакторами газет и представителями военной цензуры; и «самоцензура» – ограничения, налагаемые в результате различного рода решений, которые принимаются так называемой Комиссией редакторов[18] или отдельными редакторами и журналистами.

Экономические права в Израиле, как и во всех странах с рыночной экономикой, призваны гарантировать человеку возможность удовлетворить свои жизненные потребности, получить от государства защиту своей экономической свободы и социальных льгот. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах связывает эти права с идеалом свободной человеческой личности, свободной от страха и нужды. Среди этих прав наибольшее значение имеют право частной собственности и свобода предпринимательской деятельности.

Гарантией права частной собственности является также право наследования. Отношения, связанные с вопросами наследования,

[18] О Комиссии редакторов ежедневных газет, созданной еще в 1942 г., см.: Каспи Д. Средства массовой информации и политика. Тель-Авив: Открытый университет Израиля, 1998. С. 89–97.

регулируются в Израиле *Законом о наследстве*, принятым в 1965 г.[19] В соответствии с Законом наследование возможно по закону или по завещанию. Наследование по закону осуществляется при отсутствии завещания.

Наследниками по закону являются супруг умершего, его дети и их потомство, его родители и их потомство, родители его родителей и их потомство. В отличие от российского права наследниками первой очереди являются только супруг и дети. Родители могут наследовать только при отсутствии у наследодателя детей. С точки зрения Закона дети, рожденные вне или помимо брака, а также усыновленные, имеют такие же права на наследование имущества родителей, как и дети, рожденные в браке.

Характерной особенностью наследственного права Израиля является статус и права супруга. Он получает движимое имущество, включая автомобиль, которым они пользовались, но за исключением денег на банковском счете. Из остального имущества (недвижимость, деньги) супруг(а) получает половину в случае, если кроме него в круг наследников входят дети, или внуки, или родители. Наследники каждой очереди делят между собой причитающуюся им часть наследственного имущества в равных долях. Это относится, в частности, к редко встречающейся ситуации, когда у умершего было две жены; в этом случае каждая из них получает половину от доли, причитавшейся супруге. Причем следует иметь в виду, что в наследственное имущество входит только доля умершего в совместном имуществе супругов. В случае, если у наследодателя остались, кроме супруга, только родственники более далеких степеней родства, например двоюродные братья, то супруг наследует все имущество.

С правом частной собственности в Израиле неразрывно связана свобода (право) предпринимательской деятельности. Это право тоже может быть отнесено к числу личных прав граждан, оно позволяет человеку заниматься каким угодно трудом: земледелием, торговлей, хозяйственной деятельностью и т.д. Тем самым исключается монополия государства на организацию экономической жизни. Никакой государственный орган не имеет права диктовать частному предпринимателю,

---

[19] См.: Шер Б. Комментарий к Закону о наследстве. Экспертное заключение. Лод, 2008; основные положения Закона в переводе на русский язык см.: Воробьев В.П., Воробьева Е.В. Верховный суд в конституционно-правовой системе Государства Израиль. С. 227–237.

какую продукцию он обязан производить и каковы должны быть на нее цены (если пределы не регулируются законом). Предприниматель, владеющий предприятием на праве частной собственности, сам нанимает и увольняет работников с соблюдением трудового законодательства, сам распоряжается своей прибылью. В свободу предпринимательства также входит право осуществлять внешнеэкономическую деятельность, создавать различного рода объединения с другими предпринимателями, в том числе зарубежными, открывать счета в банках, открывать и закрывать свои предприятия. Признание права на предпринимательскую деятельность порождает для государства определенные обязанности, выступающие как гарантии этого права, более того, как содействие и помощь частному бизнесу.

Одно из основных социально-культурных прав израильских граждан – право на образование. Его реализация непосредственно обеспечивает экономический, социальный и духовный прогресс общества, одновременно создавая предпосылку развития личности, ее культуры, благополучия. Законодательная база, на основе которой действует система образования Израиля, включает целый ряд правовых актов[20]. Распространение государственного контроля на различные типы учебных заведений было завершено принятием в 1953 г. Закона о государственном образовании, согласно которому учебные заведения стали делиться на «государственные» и «признанные государством». Вне ведения Министерства образования остались лишь школы крайне ортодоксальных религиозных кругов.

Тем не менее, несмотря на стремление искоренить зависимость между системой образования и политическими партиями, в стране остались три независимые друг от друга сети школ (государственные; государственно-религиозные; независимые религиозные). Это, при существовании во многом автономной системы образования в арабском секторе, свидетельствует об определенной неудаче политики унификации в сфере образования.

Действующее в стране законодательство устанавливает принцип бесплатного восьмилетнего школьного образования (с шести до тринадцати лет) и обязательного дошкольного образования детей

---

[20] См. первый раздел статьи: Эпштейн А.Д. Система образования Израиля и предложения по ее реформированию // Государство Израиль: политика, экономика, общество / Под ред. Т.А. Карасовой. М.: Институт Ближнего Востока – Институт востоковедения РАН, 2007. С. 134–158.

в возрасте пяти лет. Закон предусматривал также обучение лиц от 14 до 17 лет включительно, по какой-либо причине не получивших начального образования, для чего были созданы вечерние школы работающей молодежи. С 1978 г. введено бесплатное обучение и в старших классах средней школы. При этом обучение в 11–12 классах до сих пор не является обязательным.

Обучение во всех вузах в Израиле платное, но при этом государство устанавливает единую фиксированную плату за обучение во всех получающих государственное финансирование университетах и колледжах, вне зависимости от изучаемой специальности и степени (год учебы в магистратуре стоит столько же, сколько в бакалавриате, и плата едина на всех факультетах и кафедрах). Эти нормы не распространяются на учебные заведения, не получающие государственного финансирования, хотя и они в обязательном порядке должны подавать свои учебные программы на утверждение Совета по высшему образованию, полномочия и сфера ответственности которого определены специальным Законом о Совете по высшему образованию от 1958 г. Это сугубо профессиональная структура, обеспечивающая контроль за качеством и уровнем образования без нарушений стандартов академической свободы, принятых в университетах и колледжах. Таким образом гарантируется право исследователей и преподавателей на реализацию их профессиональных прав и свобод, а студенты получают гарантии реализации своего права на получение образования, соответствующего достаточно высоким стандартам.

На сегодняшний день можно констатировать, что Государство Израиль прошло значительный и очень своеобразный путь законодательного обеспечения личных, политических, социально-экономических и культурных прав граждан. При этом в политической сфере права граждан соблюдаются, скорее, вопреки, а не благодаря действующему законодательству, фактически переписанному в решениях Верховного суда. Израильское общество имеет перспективу дальнейшей либерализации при условии благоприятной внутренней и внешней обстановки, залогом чему служит сочетание законодательной деятельности Кнессета по правам человека и гражданина с усилиями Верховного суда по их охране. Однако подобный оптимизм пока не доказал свою оправданность: с момента принятия последнего из ныне действующих Основных законов прошло уже 15 лет, но совершенно неясно,

когда можно рассчитывать на принятие следующих конституционно-правовых актов в этой сфере.

Перед израильским парламентом стоит в настоящее время задача инкорпорировать в корпус действующего законодательства нормы, сформированные прецедентными решениями Верховного суда в таких областях, как свобода печати, слова, митингов, собраний, совести, вероисповедания, защита от религиозного принуждения и т.д. Стране также необходимо выйти из законотворческого тупика в процессе принятия полноценной писаной Конституции, которая в конечном счете и должна стать основным правовым гарантом соблюдения прав и свобод граждан в Государстве Израиль.

Библиографический список

Воробьев В.П. Конституционно-правовая система Государства Израиль». М.: Национальное обозрение, 2002.

Воробьев В.П., Воробьева Е.В. Верховный суд в конституционно-правовой системе Государства Израиль. М.: МГИМО – Университет, 2008.

Каспи Д. Средства массовой информации и политика. Тель-Авив: Открытый университет Израиля, 1998.

Конституционное право зарубежных стран: Учебник для вузов / МГИМО (У) МИД России. Под общ. ред. М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо, Л.М. Энтина. М. : НОРМА, 2008.

Лахав П. «Бочка без обручей»: влияние борьбы с террором на израильскую юридическую культуру // Национальная безопасность и демократия в Израиле / Под ред. Б. Нойбергера, И. Бен-Ами и А.Д. Эпштейна. Том 1. Раанана: Открытый университет Израиля, 2007.

Фельберг Э. Права человека. Честь и свобода. Тель-Авив: Издательство «Книга», 2004.

Хачим Ф.И. Конституционное право стран Ближнего Востока. М.: РУДН, 2001.

Хофнунг М. Израиль – безопасность страны и власть закона. Иерусалим: издательство «Небо», 1991 [на иврите].

Шер Б. Комментарий к Закону о наследстве. Экспертное заключение. Лод, 2008.

Эпштейн А., Меламедов Г. Двунациональное еврейское государство и проблемы арабоязычного населения Израиля (к выводам Госкомиссии под председательством Теодора Ора) // Ближний Восток

и современность. (Москва: Институт изучения Израиля и Ближнего Востока). 2003. № 20.

Эпштейн А.Д. Система образования Израиля и предложения по ее реформированию // Государство Израиль: политика, экономика, общество / Под ред. Т.А. Карасовой. М.: Институт Ближнего Востока – Институт востоковедения РАН, 2007.

DellaPergola S. The Global Context of Migration to Israel // Immigration to Israel. Sociological Perspectives, ed. by E. Leshem and J.T. Shuval. New Brunswick: Transaction Publishers, 1998.

Human and Civil Rights in Israel (Summary)

*Roman L. Iliev**

The article deals with basic principles, features and specific character of the development of human and citizen rights in Israel. Constitutional and legal consolidation of major part of these rights was achieved in the course of "Constitutional revolution". The religious law which dominates in regulating private status (marriage and divorce) preserves significant influence in the country. In the absence of a written constitution the main guarantor of human and citizen rights is the High Court. The established status of a person in the State of Israel lets consider the country as a lawful democratic state.

Keywords: Israel; human rights; civil rights; constitutional law; Supreme Court.

* Roman L. Iliev - post-graduate student of the Chair of Constitutional Law, MGIMO-University MFA Russia.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Механизмы разрешения коллизий в международном вексельном праве: опыт стран женевской и англо-американской вексельных систем

Выговский А.И.

В статье освещаются вопросы коллизионного регулирования вексельных правоотношений, осложненных иностранным элементом. Автором выделяются основные группы коллизий, возникающих в сфере международного вексельного обращения, и исследуются особенности их разрешения в законодательствах стран женевской и англо-американской систем вексельного права. Для сопоставления подходов такого регулирования автором анализируются положения Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных векселях и простых векселях 1930 г., английского Закона о переводных векселях 1882 г., отечественные и зарубежные доктринальные источники, касающиеся вопросов вексельного коллизионного права. В статье выделяются основные расхождения в нормативном регулировании и правоприменительной практике стран данных систем вексельного права, касающиеся решения коллизионных вопросов, и дается комментарий причин их возникновения.

***Ключевые слова**:* переводной вексель; простой вексель; международное частное право; коллизионное регулирование; индоссамент.

---

* Выговский Александр Игоревич – к.ю.н., доцент кафедры международного частного и таможенного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Т. Шевченко. aleks5@ukr.net.

Пожалуй, ни одна другая ценная бумага в международном обращении не ставит столько острых коллизионных вопросов, как вексель. Различия мест выдачи, индоссирования, авалирования, акцепта, платежа по векселю, личных законов сторон вексельных правоотношений могут обусловливать конкуренцию правопорядков, а нормы вексельных законодательств все еще разнятся в вопросах вексельной правоспособности, формальной действительности векселя, прав и обязанностей сторон, форм, сроков и способов совершения вексельных актов. Источники коллизионного регулирования международных вексельных правоотношений неодинаковы в разных системах вексельного права: в странах, принадлежащих к женевской системе, действует Женевская конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных векселях и простых векселях от 7 июня 1930 г. (далее – Конвенция о вексельных коллизиях), а в странах англо-американской системы вексельного права выработаны национальные коллизионные нормы вексельного права. В данной статье мы рассмотрим механизмы разрешения коллизий в сфере международного вексельного обращения, применяемых в странах женевской и англо-американской систем вексельного права с целью выявления их общих черт и основных различий.

Всю совокупность коллизионных вопросов, возникающих в сфере вексельного обращения, можно условно разделить на пять основных групп:

– коллизии вопросов вексельной правоспособности (способности лица обязываться по векселю);

– коллизии формы вексельных обязательств;

– коллизии вопросов содержания и действия вексельных обязательств;

– коллизии вопросов выполнения и последствий невыполнения вексельных обязательств;

– коллизии сроков вексельной давности.

Вексельное коллизионное право базируется на трех основных коллизионных принципах, которые применяются к разным его аспектам: принципе личного закона вексельного должника (*lex personalis*), принципе места возникновения вексельного обязательства (совершения вексельного акта) (*lex loci actus*) и принципе места выполнения такого обязательства (*lex loci solutionis*). Рассмотрим специфику их соотношения в механизме коллизионно-правового регулирования вексельных правоотношений в странах женевской системы вексельного права.

В теории вексельного права принято различать активную вексельную правоспособность как способность приобретать право, вытекающее из векселя, и пассивную – способность лица обязываться по векселю[1]. Именно пассивная вексельная правоспособность является объектом коллизионного регулирования. Доктринальные и нормативные подходы в этой сфере вексельного коллизионного права всегда отличались неоднозначностью.

Так, Н.О. Нерсесов в свое время подчеркивал, что необходимо различать недействительность векселя ввиду отсутствия общегражданской дееспособности и ввиду отсутствия специальной векселеспособности, предлагая в последнем случае рассматривать выданный вексель как обычный долговой документ, который должен регулироваться нормами гражданского права[2]. Применение принципа *lex personalis* стало исторически первым способом решения данной коллизии, поскольку в доктрине неоднократно подчеркивалось, что право лица обязываться по векселям, представляя собой лишь проявление общегражданской способности вступать в обязательства, определяемой преимущественно личным законом, должно также нормироваться вексельным законом государства данного лица[3].

Вместе с тем Н. Миловидов отмечал расхождения в подходах разных законодательств относительно решения данного вопроса: если итальянское и французское законодательства придерживались принципа национальности, то немецкое приняло за основу дифференцированный подход – для гражданина Германии вексельная правоспособность должна была определяться исключительно немецким правом, независимо от места выдачи векселя, а для иностранца ст. 84 Германского вексельного устава предусматривает как генеральную коллизионную привязку (по общему правилу вексельная правоспособность такого лица определяется законом государства, к которому он принадлежит), так и субсидиарную (он несет ответственность по вексельному обязательству, принятому на территории Германии, если по немецкому закону он имеет вексельную правоспособность независимо

---

[1] Миловидов Н. Вексельное право. Сравнительно-критический очерк. Ярославль: Типография Г.В. Фальк, 1876. С. 36–37.

2 Нерсесов Н.О. Торговое право. Конспективный курс лекций по торговому и вексельному праву: Посмертное издание. М.: Типография «Рассвет», 1896. С. 220–221.

3 Федоров А.Ф. Вексельное право. С приложением высочайше утвержденного, 27 мая 1902 года, Устава о векселях. Одесса: «Экономическая» типография, 1906. С. 102.

от предписаний своего личного закона)[4]. Аналогичная по смыслу норма предполагалась и ст. 82 Устава о векселях Российской Империи в редакции 1902 г., причем специальный принцип *lex loci actus* применялся независимо от «национальности» сторон вексельных правоотношений, а также от того, знал ли приобретатель векселя об ограничении векселеспособности должника по его национальному закону или нет[5]. Цель такого подхода очевидна – защитить добросовестного вексельного приобретателя, который может и не знать об ограничениях, установленных иностранным законом относительно вексельной правоспособности определенного лица. Вместе с тем, как отмечает известный дореволюционный исследователь вексельного права А.И. Улинский, это правило немецкого закона среди юристов продолжительное время было объектом отрицательного отношения; предлагался, в частности, следующий компромиссный вариант: недееспособный иностранец не должен иметь права защищаться против добросовестного приобретателя векселя и его правопреемников[6]. Однако он же отмечает, что желание укрепить доверие к векселям оказалось сильнее[7]. Позднее именно этот компромиссный вариант между преимущественно романским принципом национальности, по которому вексельная правоспособность рассматривалась как составная часть общегражданской, и англо-американским принципом территориальности будет впоследствии положен в основу Конвенции о вексельных коллизиях.

Коллизионный вопрос вексельной правоспособности был предметом внимания и разработчиков Гаагской конвенции об объединении законоположений о переводных и простых векселях 1912 г. Статья 74 Общего вексельного устава предусматривала, что способность обязываться по векселям определяется законом страны, подданным которой является данное лицо. Однако следующая же оговорка сводила на нет весь «унификационный эффект» этого положения: если согласно этому закону нужно руководствоваться законами другой страны, то должны применяться эти последние. Если при этом привести ст. 20 рассматриваемой Конвенции, которая предусматривала, что договорные

---

[4] Миловидов Н. Вексельное право. С. 45–46.

[5] Катков В.Д. Передача векселя по надписи (индоссамент). Одесса: Типография «Техник», 1909. С. 373–374.

[6] Улинский А.И. Очерки вексельного права в его теоретических основаниях, экономическом значении, историческом развитии и современном положении. Курск: Тип. Дома трудолюбия, 1915. С. 272.

[7] Там же.

государства оставляют за собой право не применять предусмотренные этой Конвенцией начала международного частного права в той мере, в какой это касается обязательства, заключенного за пределами договорных государств, или закона, который бы подлежал применению согласно конвенционным коллизионным нормам, но который не будет отвечать законам одного из договорных государств, то становится понятным, что Конвенция, в сущности, не устраняла конкуренцию между вышеозначенными коллизионными принципами, хотя в целом закрепляла «немецкий» подход к решению данного коллизионного вопроса. Кроме того, ст. 18 Гаагской конвенции 1912 г. разрешала каждому договорному государству не признавать действительным вексельное обязательство, принятое подданным данного государства за его пределами, которое было бы признано действительным в пределах других договорных государств лишь на основании ч. 2 ст. 74 Устава, касающейся ограничения принципом территориальности принципа национальности в отношении векселеспособности. Как отмечалось в объяснительном докладе комитета по частному международному праву, данное положение было внесено для обеспечения «охраны национального закона» от его обхода лицами, лишенными векселеспособности[8].

Согласно абз. 1 ст. 2 Конвенции о вексельных коллизиях, общим правилом в отношении определения способности лица обязываться по векселю является применение его национального закона. Однако отсутствие у лица возможности выступать вексельным должником по его национальному закону еще не означает недействительности вексельного обязательства, принятого на территории иностранного государства: такое лицо несет ответственность по векселю в пределах своей подписи, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо было бы способно (абз. 2 ст. 2 Конвенции о вексельных коллизиях); при этом государство вексельного должника, в силу абз. 3 ст. 2 данной Конвенции, оставляет за собой право непризнания действительности обязательства, принятого по векселю кем-либо из его граждан и признаваемого действительным на территории другого государства-участника лишь в порядке применения абз. 2 ст. 2 данной Конвенции.

---

[8] Нолькен А.М. Объединенное законодательство о векселях (Гаагская конвенция 10/23 июля 1912 г.). СПб: Издание юридического книжного склада «Право», Сенатская типография, 1913. С. 87.

В вексельном праве действует презумпция подписания самого векселя в месте его составления, а подписи других обязанных по векселю лиц считаются проставленными в местах, указанных рядом с этими подписями (хотя, например, А.Ф. Федоров считал, что местом возникновения вексельного обязательства нужно считать место, где оно фактически возникло, а не то, которое фиктивно проставлено на векселе[9]). Если же такое место не может быть определено из текста векселя, подпись должна считаться сделанной в государстве личного закона подписанта. Указанный подход относительно альтернативного применения *lex personalis* или *lex loci actus* к вексельной правоспособности в целом отвечает позиции других государств, которые не подписали Конвенцию о вексельных коллизиях (см., напр., ст. 97 Закона КНР «О векселе» 1995 г., ст. 127 Закона Румынии «О международном частном праве» 1992 г., ч. 2 ст. 34 Закона Южной Кореи «О коллизиях законов» 1962 г.).

Относительно формальных условий вексельного обязательства доктрина вексельного права однозначно признает принцип территориальности (*locus regit actum*), согласно которому обязательство должно отвечать формальным требованиям закона государства его возникновения. Как справедливо отмечает А.И. Улинский, поскольку каждая подпись, которая находится на векселе, создает самостоятельное обязательство и ответственность лица, которое его совершило, то вопрос о применении закона в случае коллизии должен ставиться для каждой сделанной на векселе подписи[10]. Однако и практическое применение данного принципа не обходится без ограничительных предостережений и зачастую сопряжено с трудностями, обусловленными неоднозначным определением такого места в разных государствах.

Форма, в которой приняты обязательства по переводному или простому векселю, согласно абз. 1 ст. 3 Конвенции о вексельных коллизиях, будет определяться законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны. Указанная норма имеет отношение к любому вексельному обязательству – не только векселедателя простого векселя или трассанта переводного, а и акцептанта, индоссанта, авалиста векселя. К формальным требованиям относительно векселя принадлежат требования относительно наличия и способа воспроизведения вексельных реквизитов, а также требования по оформлению бланков векселей.

---

[9] Федоров А.Ф. Вексельное право. С. 103.

[10] Улинский А.И. Очерки вексельного права... С. 274.

Вместе с тем в доктрине вексельного права предлагалось сделать два исключения из правила *locus regit actum*. Во-первых, данный принцип предлагалось для иностранцев (по отношению к стране места выдачи векселя) сделать факультативным, а не императивным[11]. В этом контексте высказывалась мысль о необходимости размежевания между случаями, когда стороны вексельного обязательства принадлежат к гражданам одной страны (в этом случае принцип факультативности предоставлял бы возможность выбора между выполнением формальных требований по закону места выдачи векселя или по национальному закону сторон) и когда вексельным кредитором выступает гражданин государства места выдачи векселя[12]. На такой позиции основывалась, в частности, норма ст. 85 Германского вексельного устава, однако в Конвенции о вексельных коллизиях она не нашла своего практического воплощения.

Во-вторых, как считал С.М. Барац, вексель, который имеет дефект формы по законодательству государства места его составления, мог быть воплощением вексельных обязательств в другом государстве, если, согласно его закону, он отвечал формальным критериям[13]. Иными словами, вексель, составленный во Франции без вексельной метки, мог бы рассматриваться в качестве векселя на территории тех государств, законодательства которых необходимости такого реквизита не предусматривают. Данная позиция была принята за основу при формулировании ст. 83 Устава о векселях Российской Империи в редакции 1902 г., где говорится, что если вексель, выданный за границей, будет составлен согласно правилам этого Устава, то лишь то обстоятельство, что он не удовлетворяет требованиям иностранных законов, не может быть основанием для оспаривания силы векселя в пределах Империи. Подобное по содержанию положение было воспроизведено в абз. 3 ст. 3 Конвенции о вексельных коллизиях, который отнес к компетенции государств-участников возможность ограничения действия территориального принципа в пользу национального относительно формы векселя, предоставив право предписать, что обязательства, принятые по векселю кем-либо из их граждан за границей, будут действительны в отношении другого гражданина на их территории, если

---

[11] Миловидов Н. Вексельное право. С. 84.

[12] Барац С.М. Курс вексельного права в связи с учением о векселях и вексельных операциях. СПб.: Типография товарищества «Общественная польза», 1893. С. 619.

[13] Там же.

только эти обязательства приняты в форме, предусмотренной национальным законом.

Следует также указать, что право государства, на которое указывает принцип *locus regit actum,* будет определять не только действительность определенного вексельного акта, но и его квалификацию (например, является ли индоссамент, учиненный на векселе, бланковым или именным), содержание и последствия совершения такого акта (в частности, права и обязанности, которые вытекают из индоссамента, должны определяться правом государства места его совершения). Кроме того, согласно ст. 6 Конвенции о вексельных коллизиях, вопрос о том, приобретает ли держатель переводного векселя право требования, на основании которого выдан документ, также решается по закону места составления документа. В дореволюционном российском законодательстве была предусмотрена возможность соглашением сторон устранить применение *lex loci actus* путем оговорки о подчинении последствий совершения индоссамента другому закону (например, закону места платежа по векселю).

В этом контексте возникает вопрос о формальной действительности вексельного обязательства, которое имеет вексельную силу по законодательству одного государства и не имеет таковой силы по законодательству другого. Например, согласно п. *b)* ч. 1. ст. 9 Закона Англии «О переводных векселях» 1882 г. (далее – английский вексельный закон), документ, который содержит простое и ничем не обусловленное обещание уплатить определенную сумму в рассрочку будет признан простым векселем, а по законодательству стран Женевской вексельной системы – нет. Однако последующее возникновение в рамках этого документа другого вексельного обязательства в приемлемой для закона страны его совершения форме (например, его индоссирование, в нашем случае, на территории Великобритании) неизбежно ставит вопрос о вексельной силе такого последующего обязательства. Согласно ч. 2 ст. 3 Конвенции о вексельных коллизиях, то обстоятельство, что обязательства, принятые по векселю, неправильны в отношении формы, не делает недействительным последующее обязательство, если только они соответствуют законодательству государства, где подписано последующее обязательство. Иная позиция, по мнению А.Ф. Федорова, негативно отразилась бы на оборотоспособности векселей, поскольку в случае выхода векселя за границы того вексельного закона, согласно которому он был выдан, пришлось бы знакомиться с иностранным

вексельным правом, чтобы убедиться, что вексель удовлетворяет формальным требованиям по закону места его выдачи[14]. В результате акцептант или индоссант иностранного векселя не может ссылаться на его недействительность, если акцепт или индоссамент имели место на территории государства, право которого рассматривает данный долговой документ в качестве векселя.

Принцип территориальности является определяющим и при решении коллизионного вопроса относительно содержания и осуществления прав по векселю. Правовые последствия принятия обязательства по векселю должны также определяться правом того государства, где они возникли. В частности, им будут регулироваться последствия выдачи векселя, правовое значение разных видов индоссаментов, последствия акцепта переводного векселя, вексельного поручительства, условия вексельного регресса и т.д. Вместе с тем А.И. Улинский обращал внимание на отсутствие специальной коллизионной нормы в этом отношении в национальных вексельных законодательствах, отмечая, что лишь практика установила, что содержание вексельного обязательства должно регулироваться по законам места совершения вексельного акта[15].

Как следует из нормы абз. 2 ст. 4 Конвенции о вексельных коллизиях, содержание вексельных обязательств (кроме обязательств акцептанта) будет определяться по закону той страны, на территории которой были сделаны подписи под соответствующим обязательством. Единственное исключение авторы Конвенции сделали для обязательств акцептанта переводного векселя или лица, подписавшего простой вексель: согласно абз. 1 ст. 4 и ст. 7 данной Конвенции, их действие, равно как и вопрос о допустимости акцепта в части суммы и обязанности векселедержателя принять частичный платеж, будут регулироваться по закону места платежа по этим документам.

От правовых последствий возникновения вексельного обязательства нужно отличать особенности его выполнения – теоретически аргументированной и практически оправданной следует признать позицию отнесения таких вопросов к сфере применения права государства места такого выполнения. Форма и валюта платежа, возможность осуществления частичного платежа, применение грационных периодов, определение дней, в которые платеж не может требоваться, последствия

[14] Федоров А.Ф. Вексельное право. С. 106.

[15] Улинский А.И. Очерки вексельного права... С. 276.

пропуска вексельным кредитором сроков для предъявления векселя к платежу – все эти вопросы безусловно относятся к сфере применения коллизионного принципа *lex loci solutionis*.

Конвенция о вексельных коллизиях не формулирует общего правила относительно разрешения коллизионного вопроса, связанного с выполнением вексельного обязательства. Вместе с тем ст. 7 содержит специальное правило относительно возможности принятия частичного платежа, которая должна устанавливаться по закону того государства, в котором вексель подлежит оплате. Предполагается, что сроки, форма и другие особенности осуществления платежа по векселю также будут определяться законом места совершения платежа. Форма и сроки совершения протеста, а также форма других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по векселю, определяются законами той страны, на территории которой должен быть совершен протест или соответствующее действие (ст. 8 Конвенции о вексельных коллизиях). Кроме того, согласно ст. 9, именно закон страны места совершения платежа определяет, какие меры следует предпринять в случае утраты или похищения векселя.

Существенным пробелом Конвенции о вексельных коллизиях является отсутствие положений о разрешении коллизий относительно сроков вексельной давности. Статья 5 Конвенции решает коллизионный вопрос лишь относительно сроков для предъявления иска в порядке регресса, который определяется для всех лиц, поставивших свои подписи, по закону места составления документа. Если же предположить возможность распространения данного положения и на коллизии относительно порядка определения сроков давности, которые погашают прямые вексельные требования, то такую позицию следует признать менее удачной, нежели определение продолжительности сроков вексельной давности согласно закону государства местонахождения должника, к которому предъявляется вексельное требование. На неудачность такого решения указанной коллизионной проблемы обращал внимание и А.И. Улинский, который ставил закономерный вопрос: если вексель был составлен в одной стране, по законодательству которой срок давности вексельных требований истек, то продолжает ли в таком случае авалист, который принял на себя обязательства в другой стране, где вексельная давность является более продолжительной, нести ответственность, если основное вексельное требование уже погашено? Он указывает на отсутствие консенсуса в решении этого вопроса

на доктринальном уровне: одни юристы настаивают на необходимости применения закона места совершения аваля, другие считают, что авалист, как обычный поручитель в гражданском обязательстве, освобождается от ответственности при погашении основного вексельного требования[16]. В современной доктрине этот вопрос также остается дискуссионным.

В англо-американской системе вексельного права концептуальной основой разрешения вексельных коллизий стало доктринальное представление о векселе как о документе, который олицетворяет собой «совокупность договоров, зависимых от одного основного договора»[17], под которым понимается предполагаемый договор между векселедателем и получателем платежа (в английской теории вексельного права он также именуется «первоначальным договором» (*originating contract*)[18]; все другие вексельные сделки (например, акцепт или индоссамент), для целей коллизионного регулирования, рассматриваются как «последующие договоры» (*supervening contracts*)[19], причем «каждый из них может подчиняться разным правопорядкам»[20]. Именно поэтому английский вексельный закон отверг привлекательную, на первый взгляд, «доктрину единого применимого права» (*single law doctrine*) и «подход взаимозависимости» (*interdependence approach*), приняв за основу концепцию независимости разных вексельных обязательств и взяв на вооружение присущую континентальному вексельному праву «доктрину множественности правопорядков» (*several laws doctrine*), которая является одним из немногих универсальных в мировом масштабе представлений о механизме разрешения вексельных коллизий.

Несмотря на господствующую в английской теории вексельного права «договорную» концепцию правовой природы векселя и активное употребление терминологии договорного права, доктрина «права, свойственного договору» (*proper law of the contract*), в вексельном праве в чистом виде не применяется ввиду объективных трудностей,

---

16 Улинский А.И. Очерки вексельного права… С. 284–285.

17 Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 13th edn. London: Sweet & Maxwell, 2000. P. 1434.

18 Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes, 15th edn. London: Sweet & Maxwell, 1998. P. 560.

19 Dicey and Morris on the Conflict of Laws. P. 1434.

20 Byles on Bills of Exchange and Cheques / by N. Elliott, J. Odgers, J. M. Phillips. 27th edn. London: Sweet & Maxwell, 2002. P. 376.

связанных с выявлением такого правопорядка для чрезвычайно делокализированного вексельного правоотношения. В доктрине также подчеркивается нецелесообразность применения к форме векселей классической альтернативной коллизионной нормы относительно формы сделок, что может породить проблему квалификации[21]. Выбор правопорядка относительно формы, толкования, прав и обязанностей сторон вексельного правоотношения основывается на других принципах. Так, в Великобритании основным коллизионным принципом, положенным в основу положений ст. 72 английского вексельного закона, согласно которым решаются наиболее распространенные вексельные коллизии, выступает *lex loci actus*, предусматривающий применение закона той страны, где было совершено определенное действие или принято вексельное обязательство[22]; именно это право рассматривается как *proper law* для вексельной сделки. По мнению британского исследователя А. Геста, хотя применение принципа *lex loci contractus* и не является безоговорочным, однако он наиболее полно отвечает ожиданиям сторон векселя[23].

Применение принципа *lex voluntatis* в вексельных сделках британским законом прямо не разрешается, но и не запрещается, что обусловило существование доктринальных взглядов относительно правомерности наличия оговорки о применимом праве на лицевой стороне вексельного инструмента, при этом исследователями предлагалось ограничить автономию воли сторон в пользу *lex loci contractus* или *lex loci solutionis*[24], а также не принимать во внимание любой выбор права, который не отражен в тексте векселя, равно как и «предполагаемый выбор права» (*implied choice of law*)[25].

Важное значение для решения коллизионных проблем в сфере вексельного права имеет и легальное деление векселей на «внутренние» (*inland bills*) и «иностранные» (*foreign bills*). К первой категории английский вексельный закон относит те, в которых и местом выдачи, и местом платежа является Великобритания, равно как и те, которые были выставлены на территории Великобритании на определенного британского резидента; все остальные векселя принадлежат к «иностранным».

---

[21] Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes. P. 561.

[22] Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 2 Особенная часть: Учебник. М.: БЕК, 2000. С. 399.

[23] Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes. P. 561–562.

[24] Dicey and Morris on the Conflict of Laws. P. 1436–1437.

[25] Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes. P. 562.

Если сравнить спектр вопросов, которые регулируются Конвенцией о вексельных коллизиях и ст. 72 английского вексельного закона, то можно убедиться, что сфера применения ст. 72 является одновременно и более узкой (например, она не решает вопроса вексельной правоспособности), и более широкой, чем конвенционные положения (так, она касается вопроса интерпретации вексельных актов (ч. 2) и порядка исчисления обменного курса в случае, когда вексель выдан за границей в иностранной валюте с местом платежа в данной стране (ч. 4)). Тем не менее даже те аспекты, которые являются общими для обоих нормативных актов, регулируются на принципиально различной концептуальной основе.

Согласно общему правилу ч. 1 ст. 72 вышеупомянутого Закона, формальная действительность векселя определяется законом места его выдачи, а порядок акцепта, индоссамента, акцепта опротестованного векселя определяется законом места совершения такого акта. Для этого правила устанавливаются две оговорки: во-первых, если вексель был выдан за пределами Великобритании, он не будет считаться формально недействительным на том лишь основании, что на нем отсутствует печать, которая требуется согласно праву государства места выдачи; во-вторых, если вексель, выданный за пределами Великобритании, отвечает формальным требованиям британского законодательства для целей обеспечения платежа, он может считаться действительным в правоотношениях между лицами, которые находятся на территории Великобритании.

Таким образом, английское законодательство, как и Конвенция о вексельных коллизиях, устанавливает принцип территориальности в форме *lex loci actus* в качестве исходного начала регулирования формальных условий существования вексельного обязательства. Однако в этом же, на первый взгляд, идентичном конвенционному, положении кроется одно из фундаментальных расхождений англо-американской и женевской систем вексельного коллизионного права: ч. 1 ст. 3 Конвенции о вексельных коллизиях отсылает к месту ***подписания*** вексельного обязательства, тогда как английский вексельный закон – к месту ***выдачи*** векселя. Как подчеркивают британские комментаторы, местом выдачи является место, где состоялось первое вручение (*delivery*), и это необязательно место проставления подписи на векселе[26]. С точ-

[26] Byles on Bills of Exchange and Cheques. P. 380; Dicey and Morris on the Conflict of Laws. P. 1440.

ки зрения английской правовой доктрины каждая вексельная сделка, за исключением акцепта, считается заключенной в момент передачи (вручения) вексельного инструмента, что предполагает «переход владения», фактического или предполагаемого; именно поэтому место совершения подписи на векселе не считается его *locus contractus*[27]. Так, если индоссант присылает индоссированный вексель в определенную страну, то именно она будет считаться местом совершения индоссамента (или местом «заключения индоссаментной сделки» в английской терминологии), место же совершения самого акта не имеет значения для целей коллизионного регулирования. Иными словами, принцип *lex loci actus* в его английском варианте применения к вексельным обязательствам приобретает качественно иное содержательное наполнение благодаря использованию другого локализирующего фактора, который определяет место принятия вексельного обязательства.

Оговорки, сформулированные в порядке исключения из общего правила ч. 1 ст. 72 английского вексельного закона, также подобны конвенционным лишь на первый взгляд. Часть 3 ст. 3 Конвенции о вексельных коллизиях, как отмечалось выше, предоставляет договорному государству право установить, что вексельные обязательства, принятые его гражданином за границей, будут действительными в отношении другого его гражданина на его территории, если только эти обязательства приняты в форме, предусмотренной национальным законом. Квалифицирующие признаки данной оговорки объединяют принципы национальности (вексельное обязательство признается действительным, если его кредитор и должник являются гражданами определенного государства) и территориальности (такое признание гарантируется только на территории данного государства) с общим требованием относительно выполнения местных формальных условий.

Вместе с тем английский вексельный закон предусматривает в п. *а)* ч. 1 ст. 72, что отсутствие на векселе такого реквизита, как печать, которая, согласно иностранному закону, делает вексель недействительным, не препятствует его обращению и получению по нему платежа на территории Великобритании. В этой оговорке присутствует лишь элемент территориальности, однако и исключение делается только для печати: отсутствие любого другого формального реквизита, который требуется по иностранному закону и не требуется по английскому, не будет представлять собой исключения из правила *locus regit actum*.

[27] Dicey and Morris on the Conflict of Laws. P. 1438.

Вторая оговорка также имеет свою специфику. Законодатель, ставя действительность вексельного обязательства на территории Великобритании в целом в зависимость от соблюдения формальных требований права Великобритании, тем не менее, устанавливает жесткие пределы такой действительности: во-первых, закон будет признавать действительным вексельное обязательство, лишь если обе его стороны стали его участниками на территории Великобритании (в то время как ч. 2 ст. 3 Конвенции ограничения по субъектному составу неизвестны, а ч. 3 ст. 3 говорит о принятии вексельного обязательства одним из граждан данной страны за границей); во-вторых, вексельное обязательство будет считаться действительным лишь для целей взыскания основной суммы долга по векселю, но не для выдвижения любых других требований; в-третьих, сам вексель должен быть выдан за пределами Великобритании. Невыполнение любого из этих требований делает невозможным применение оговорки; так, если вексель был выдан в Великобритании с местом акцепта и платежа во Франции, а индоссамент, учиненный на территории Франции, признан формально недействительным согласно французскому праву, взыскание платежа на территории Великобритании становится невозможным, даже если вексель в дальнейшем был индоссирован английскому резиденту на территории Англии: прерванная цепочка индоссаментов делает невозможной легитимацию конечного собственника.

Английская судебная практика свидетельствует о соблюдении этой нормы закона. Так, в деле *Koechlin et Compagnie v. Kestenbaum Brothers*[28] речь шла о векселе, выставленном во Франции приказу французского гражданина, акцептованном в Англии (плательщиком выступал лондонский банк) и со временем вернувшемся во Францию, где он был индоссирован агентом бенефициария. Когда встал вопрос о юридической силе такого индоссамента, недействительного по английскому праву и действительного по французскому, английский суд расценил его как вопрос формы, которая, согласно ч. 1 ст. 72 английского вексельного закона, должна определяться французским правом, и удовлетворил иск. В деле *Re Marseilles Extension Railway and Land Co*.[29], наоборот, форма бланкового индоссамента, проставленного на векселях, выданных во Франции на имя английского трассата, путем совершения которого векселя передавались французским трас-

[28] [1927] 1 K.B. 889.
[29] (1885) 30 Ch.D. 598.

сантом лицу, домицилированному в Англии, не отвечала требованиям французского права. Со временем векселя были на территории Англии индоссированы третьим лицам, которые и выступали истцами по делу. Суд постановил, что держатели векселей имеют право на получение вексельной суммы от акцептанта на том основании, что данные долговые документы, которые отвечали формальным вексельным реквизитам по английскому праву, находились в обращении на территории Англии и удостоверяли обязательства, сторонами которых также выступали резиденты Англии, нужно считать английскими векселями, для действительности которых любой дефект формы определенного вексельного акта, который имел место за границей, не имеет значения. Обоснование такого решения, правда, немного диссонирует с английским вексельным законом, который все же рассматривает подобные векселя как иностранные, но, тем не менее, применение оговорки п. *b)* ч. 1 ст. 72 данного Закона, в сущности, является правомерным.

Следующим коллизионным вопросом, который решается английским вексельным законом, является интерпретация (квалификации) вексельных актов, которые, согласно ч. 2 ст. 72 Закона, должны решаться по праву места их совершения. Данное положение также является воплощением «доктрины множественности правопорядков», поскольку отсылает к *lex loci contractus* каждой из этих сделок. Так, значение оговорки «без оборота на меня» в тексте индоссамента должно определяться по праву государства, в котором индоссант вручил индоссату вексель, а не государства, где была проставлена подпись. Однако квалификация самого векселя как оборотного документа, на который распространяется сфера применения английского вексельного закона, будет совершаться согласно *lex fori*: если документ не отвечает законодательному определению, содержащемуся в законе, и не считается оборотным согласно английским торговым обычаям, один лишь факт признания за ним статуса векселя согласно иностранному праву (праву места выдачи) еще не будет означать его автоматического отнесения к сфере применения Закона[30].

Следует отметить, что в доктрине относительно термина «интерпретация» в свете ч. 2 ст. 72 английского вексельного закона нет однозначной позиции: некоторые исследователи трактуют его довольно широко, включая в его объем, помимо собственно вопросов толкования вексельных надписей, также права и обязанности сторон соответствующего

[30] Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes. P. 563.

векселного акта[31]; другие же, напротив, обращают внимание на целесообразность применения принципа *lex loci solutionis* к содержанию и правовым следствиям вексельных обязательств[32]. Анализ судебной практики обнаруживает склонность английских судей к первой позиции: так, лорд Уилберфорс во время слушаний по делу *Nova (Jersey) Knit v. Kammgarn Spinnerei*[33] указал, что «термин «интерпретация» имеет широкое значение, однако, даже если он и не охватывает вопросов содержания, они должны регулироваться применимым правом, которое в данном случае будет таким же» [т.е. *lex loci actus*]. В решении по делу *G. & H. Montage GmbH v. Irvani*[34] также указывалось, что в объем данного понятия входят и права и обязанности сторон, созданные актами выдачи, индоссирования и акцепта векселя. Решая дело *Alcock v. Smith*[35] относительно действительности передачи векселя, судья указал, что термин «интерпретация» в ч. 2 ст. 72 вексельного закона достаточно широк и охватывает содержание договора, а потому данное законодательное положение является санкционированием применения принципа *lex loci actus* к содержанию сделки. Важным преимуществом распространения коллизионной нормы ч. 2 ст. 72 английского вексельного закона на вопрос содержания вексельного акта и его материальной действительности является, в частности, отсутствие необходимости в дополнительной квалификации конкретного вопроса как имеющего отношение к материальной или к формальной действительности векселя.

Другие коллизионные нормы ст. 72 английского вексельного закона касаются обязательств держателя относительно предъявления векселя к акцепту или платежу и необходимости совершения протеста (эти вопросы должны определяться правом государства места осуществления соответствующего вексельного акта или места отказа в акцепте или платеже – ч. 3 ст. 72 указанного Закона), порядка исчисления вексельной суммы по векселю, который выставлен за пределами Великобритании, но подлежит уплате на ее территории (такая сумма будет исчисляться согласно курсу, который действует в месте платежа на дату совершения платежа по векселю – ч. 4 ст. 72), а также порядка

---

31 Byles on Bills of Exchange and Cheques. P. 381.
32 Dicey and Morris on the Conflict of Laws. P. 1444.
33 [1977] 1 W.L.R. 713.
34 [1900] 1 W.L.R. 667.
35 [1892] 1 Ch. 238.

определения даты платежа, когда вексель выставлен в одной стране, а подлежит уплате в другой (данный вопрос также будет решаться по *lex loci solutionis* – ч. 5 ст. 72).

В целом можно указать на достаточную ограниченность сферы применения законодательных предписаний и наличие значительного круга пробелов в законодательном коллизионно-правовом регулировании вексельных правоотношений в Англии, которые большей частью восполняются судебной практикой.

Библиографический список

Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 2 Особенная часть: Учебник. М.: БЕК, 2000. 656 с.

Барац С. М. Курс вексельного права в связи с учением о векселях и вексельных операциях. СПб.: Типография товарищества «Общественная польза», 1893. 792 с.

Катков В. Д. Передача векселя по надписи (индоссамент). Одесса: Типография «Техник», 1909. 390 с.

Миловидов Н. Вексельное право. Сравнительно-критический очерк. Ярославль: Типография Г. В. Фальк, 1876. 200 с.

Нерсесов Н. О. Торговое право. Конспективный курс лекций по торговому и вексельному праву: Посмертное издание. М.: Типография «Рассвет», 1896. 275 с.

Нолькен А. М. Объединенное законодательство о векселях (Гаагская конвенция 10/23 июля 1912 г.). СПб: Издание юридического книжного склада «Право», Сенатская типография, 1913. 120 с.

Улинский А. И. Очерки вексельного права в его теоретических основаниях, экономическом значении, историческом развитии и современном положении. Курск: Тип. Дома трудолюбия, 1915. 344 с.

Федоров А. Ф. Вексельное право. С приложением высочайше утвержденного, 27 мая 1902 года, Устава о векселях. Одесса: «Экономическая» типография, 1906. 721 с.

Byles on Bills of Exchange and Cheques / by N. Elliott, J. Odgers, J. M. Phillips. 27th edn. London: Sweet & Maxwell, 2002. 625 p.

Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes, 15th edn. London: Sweet & Maxwell, 1998. 847 p.

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 13th edn. London: Sweet & Maxwell, 2000. 2 Vol. 1622 p.

Mechanisms of the Conflict of Laws Solutions in the International Exchange Law: Experience of the Geneva and Anglo-American Countries (Summary)

Alexander I. Vygovskyy[*]

This article covers the conflict of laws issues of cross-border transactions with bills of exchange and promissory notes. The author highlights the main groups of the conflict of laws issues arising in connection with the international debt securities transactions and scrutinizes the legislative approaches to their solution in different legal systems. For the purposes of comparison of the main approaches to such regulation the author analyzes the provisions of the Geneva Convention 1930 for the Settlement of Certain Conflict of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes, UK Bills of Exchange Act 1882, domestic and foreign doctrinal studies. The article places emphasis on the main discrepancies between the regulatory practices in different legal systems concerning the solution to the conflict of laws problems in the highlighted area, as well as provides the extensive comments on their origin.

***Keywords**:* bill of exchange; promissory note; private international law; conflict of laws regulation.

[*] Alexander I. Vygovskyy - LL.M (University of London), Ph.D. (University of Kiev), associate professor at the Department of Private International and Customs Law, Institute of International Relations, Kiev National University. aleks5@ukr.net

Российский нотариат и международная унификация права

Романовская О.В.[*]

В статье дан анализ современных проблем российского нотариата, обусловленных международным процессом унификации права. Автор определяет формы международной унификации права, показывает степень влияния международного права на российское законодательство о нотариате, рассматривает пути его совершенствования.

Ключевые слова: нотариат; унификация права; законодательство РФ.

В феврале 2009 г. нотариальное сообщество отметило 16 лет со дня принятия Основ законодательства Российской Федерации о нотариате (далее – Основы о нотариате)[36]. Новое государство попыталось в корне изменить правовые основы организации и деятельности нотариата. Появился новый субъект правоотношений – нотариус, занимающийся частной практикой. Ничего подобного до этого времени система государственного управления нотариатом еще не опробовала. Основы о нотариате отчасти стали экспериментом, что повлекло за собой определенные последствия. Необходимо также отметить, что начиная с советских времен развитие законодательства в России в части регулирования института нотариата было противоречивым: от закрепления только государственной системы до признания латинского нотариата. Нотариус Советского Союза рассматривался как обычный клерк, в чьи функции входило лишь решение технических задач, связанных с обеспечением гражданского оборота. Юридического образования для занятия должности нотариуса не требовалось. Президент Федеральной нотариальной палаты Е.Н. Клячин отметил, что нотариальная контора воспринималась как «своеобразное место ссылки для юристов, не имеющих возможности устроиться на работу в иных структурах»[37]. С принятием Основ о нотариате положение резко изменилось. Значительно повысились требования к кандидатам, претендующим на должность

[*] Романовская Ольга Валентиновна – к.ю.н., доцент кафедры частного права Пензенского государственного университета. vlad93@sura.ru.

[36] Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 10. Ст. 357.

[37] Клячин Е.Н. Потенциал российского нотариата – государству, обществу, гражданину // Нотариальный вестник. 2003. № 9. С. 17.

нотариуса, обязательными стали наличие юридического образования, прохождение стажировки, сдача квалификационного экзамена, получение лицензии. Обсуждался вопрос об обязательном включении дисциплины «Нотариат» в государственный образовательный стандарт по специальности «Юриспруденция».

За это же время нотариат пережил немало критических периодов: «отлучение» нотариусов от удостоверения наиболее доходных сделок, чрезмерное налоговое обременение, ставшее предметом разбирательства в Конституционном Суде РФ, обострение внутренних противоречий, вылившееся в создание вторых палат в регионах (потом их закрытие) и борьбу за лидерство внутри Федеральной нотариальной палаты. Внутренний кризис принимал особые формы. С одной стороны, государственные органы практически стали вести необъявленную войну с нотариатом, причем нередко не скрывая этого, с другой – отдельные нотариусы, оказавшиеся бесконтрольными со стороны государства, не всегда могли устоять перед соблазном заработать большие деньги на нарушениях закона. За этой яркой полемикой иногда не видны текущие проблемы организации и деятельности нотариальных органов. Кроме того, развитие общественных отношений предполагает формирование качественно новых «вызовов», которым должен соответствовать российский нотариат. Одним из таких вызовов современности выступает включение российской экономики в мировые интеграционные процессы. Нотариат, как институт, призванный обеспечивать защиту гражданских прав и законных интересов, также должен найти свою новую нишу, чтобы не стать архаизмом истории. Понимание данной проблемы происходит во всех странах. Так, постоянный советник Международного союза латинского нотариата Мишель Мерлотти отметил: «Может показаться странным, что нотариат существует и поныне. Однако позволю себе выступить в роли адвоката дьявола и скажу, что нотариат устарел и служит лишь свидетельством безвозвратно ушедших времен. В самом деле, в отличие от Средневековья, сегодня, в цивилизованном мире, каждый умеет писать, так как получил образование. Зачем же поручать составление сделки так называемому специалисту, у которого монопольная позиция?»[38] Автор этих слов уточняет, что его описание «несколько карикатурно». Но, как говорится в таких случаях, в каждой шутке есть доля истины. Данная фраза господина Мерлотти, по-видимому, должна рассматриваться в несколько

[38] Нотариальный вестник. 1997. № 5. С. 23–27.

ином аспекте. Статус нотариуса должен быть скорректирован исходя из изменений, происходящих в обществе.

Необходимо отметить, что с развитием внешнеэкономических связей повышается роль знаний международного права в деятельности нотариуса. Еще больше актуализирует данное направление процесс глобализации. Кроме того, как отмечает О.С. Звонарева: «Для глобализации характерна процессуальность, незавершенность, поскольку на сегодняшний день более или менее гомогенная глобальная цивилизация отсутствует, хотя наблюдаются тенденции к образованию некоего глобального сообщества, в рамках которого границы между его сегментами радикально трансформируются и которое можно именовать «мегаобществом»[39]. Анализируя понятие глобализации в юридической литературе, можно прийти к общему выводу, что сам термин более применим к экономическим процессам, а в юриспруденции он принимает свой облик в понятии «интернационализация». Уже в рамках интернационализации российского законодательства о нотариате проблема реализации норм международного права в нотариальной практике приобретает особое значение.

Создание единого экономического пространства диктует также сближение национальных правовых систем. Такой процесс можно наблюдать в отношении стран – членов Европейского союза. Нельзя не согласиться с профессором И.И. Лукашуком, который отмечает: «Право Европейского союза представляет собой не просто комплекс договоров, а особую целостную правовую систему, обладающую немалой спецификой. Характерная его черта – особенно тесная связь с правом государств-членов… Масштабы влияния права ЕС таковы, что примерно 80 процентов законов и иных правовых актов в экономической и социальной областях, которые в прошлом относились к компетенции государств, вырабатываются органами Союза и являются едиными для всех»[40]. России, устанавливающей тесные экономические и политические связи с европейскими странами, процесс формирования такого проникновения международного права небезынтересен. Кроме того, представители Федеральной нотариальной палаты активно сотрудничают с экспертами Совета Европы. Так, проект Федерального закона

---

[39] Звонарева О.С. Глобализация и взаимодействие цивилизаций: политико-правовые аспекты // Право и политика. 2005. № 5.

[40] Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3.

«Об организации и деятельности нотариата в Российской Федерации» был направлен им для дачи заключения[41]. Аналогичная практика присутствует при разработке и иных документов. Например, при рассмотрении отдельных норм Основ о нотариате в Конституционном Суде РФ в начале 1998 г. национальные нотариальные палаты ряда европейских государств представили практику разрешения аналогичных споров в своих государствах. Было направлено также расширенное заключение Международного союза латинского нотариата (МСЛН). Однако существенным обстоятельством будет выглядеть факт реального вхождения нашего государства в европейские организации. Тем более что ряд политиков настаивает на том, что России прежде всего необходимо становиться в центре других международных организаций, быть связующим элементом между Европой и Азией и не «раствориться» в Европейском союзе, в котором она бы не играла значимую роль. В этом случае возникает вопрос, в каком направлении следует ориентироваться в вопросах сближения юридической инфраструктуры? В данном аспекте вызывает интерес работа, проделанная Центром нотариальных исследований Федеральной нотариальной палаты, публикующим на своем официальном сайте и в периодической печати аналитические материалы по отдельным положениям законов о нотариате государств – членов Евразийского экономического сообщества. Анализ приведенных документов показывает, что институт нотариата в данном правовом поле организован и действует практически по единым принципам и стандартам.

В рамках Европейского союза непосредственное отношение к нотариату имеет Резолюция Европейского парламента A3-0422/93 «О положении и организации нотариата в 12 государствах – членах Сообщества»[42]. Особый интерес данный документ приобретает в силу того, что на него была сделана ссылка Конституционным Судом РФ как на пример международной практики: «Предусмотренные Основами законодательства Российской Федерации о нотариате способы контроля согласуются с международной практикой: резолюция Европейского парламента от 18 января 1994 г. характеризует профессию нотариуса как публичную службу, контролируемую государством или органом, действующим на основании устава и наделенным

[41] Данное заключение находится на официальном сайте Федеральной нотариальной палаты [Электронный документ]: http://www.notariat.ru.

[42] Российская юстиция. 1999. № 1. С. 33–34.

соответствующими полномочиями от имени государства»[43]. В этой части хотелось бы не согласиться с выводами Конституционного Суда РФ. Статья 55 Римского договора об учреждении Европейского экономического сообщества от 25 марта 1957 г.[44] устанавливает, что некоторые провозглашенные свободы не распространяются на нотариусов при исполнении ими должностных обязанностей[45] (о чем также отмечается в Резолюции Европарламента). Более того, упомянутая Резолюция содержит в себе констатацию отсутствия единообразия в вопросах организации и деятельности нотариата, а также признание того, что нормы европейского права «не дают необходимых юридических оснований для упорядочения и приведения к единообразию на уровне Сообщества норм и правил организации профессии нотариуса». В качестве предложения оформлен призыв к Комиссии Европейского союза и государствам-членам использовать правовые инструменты для обеспечения, без излишних формальностей, взаимного признания нотариальных актов. Соответственно не надо рассматривать данную Резолюцию как устанавливающую принципы построения нотариата в странах Европейского сообщества. Она в большей мере определяет направления развития и изучения нотариата и носит рекомендательный характер. Европейский парламент не ставил перед собой цели унифицировать нотариальную службу, а значит и российские законодатель и правоприменитель должны исходить именно из этого постулата. Европейское право в центр внимания ставит не сами вопросы организации нотариата, а функции, выполняемые такими органами. Следует согласиться с академиком Б.Н. Топорниным: «Правовая политика сообществ имеет пределы. Она отнюдь не нацелена на то, чтобы заменить национальное право правом сообществ или иной искусственно созданной правовой системой»[46]. Международная практика показывает также, что в Португалии эффективно функционирует государственный нотариат, а не частный.

---

[43] Постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 2, 12, 17, 24 и 34 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 22. Ст. 2491.

[44] Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. С. 550.

[45] Пиепу Ж.-Ф., Ягр Ж. Профессиональное нотариальное право. М.: Юристъ, 2001. С. 209.

[46] Топорнин Б.Н. Европейское право. М.: Юристъ, 1998. С. 104.

Развитие интеграционных процессов способствует унификации правил нотариального производства. В частности, это процесс сближения норм материального права. В этом случае нотариусы различных государств применяют во многом схожие нормы гражданского, семейного, земельного и другого права. Значение нотариальных актов, их содержание будет иметь понятный смысл для правоприменителей этих стран. Как отмечают А. Кабалкин и Л. Санникова: «Унификацию права можно назвать основным инструментом глобализационного процесса. Международная унификация права в литературе рассматривается как одна из важнейших задач современности. Особое значение приобретает унификация норм материального права. Именно они, единообразно регулируя общественные отношения, обеспечивают единый правовой режим и позволяют создать единое правовое пространство… Обеспечивая единый правовой режим, унификация материальных норм также способствует сближению правовых систем»[47]. Для стран – участниц Содружества Независимых Государств (СНГ) имеется уникальная возможность по гармонизации законодательства, поскольку создана и действует Межпарламентская Ассамблея государств – участников СНГ (МПА СНГ) – консультативный орган для подготовки проектов законодательных документов, представляющих взаимный интерес. В рамках деятельности МПА СНГ разработано большое количество рекомендательных (модельных) законов: в частности, о защите прав несовершеннолетних при совершении сделок с жильем, несколько частей гражданского кодекса, налогового кодекса, об авторском праве и др. МПА СНГ имеет свой сайт в Интернете (http://www.iacis.ru), на котором размещены все официальные документы, доступные как для парламентариев, так и для всех заинтересованных лиц. К сожалению, до настоящего момента не разработан модельный закон о нотариате. В качестве положительного примера унификации (но уже вне рамок СНГ) можно привести конвенцию, предусматривающую единообразный закон о форме международного завещания, заключенную 26 октября 1973 г. в Вашингтоне. Документ выполняет функции модельного закона, но Россией пока не ратифицирован.

Необходимо учитывать, что российский нотариат становится частью мировой системы латинского нотариата. Самые важные проблемы обсуждаются в рамках неправительственной организации

[47] Кабалкин А., Санникова Л. Глобализация правового пространства и новеллы российского гражданского законодательства // Российская юстиция. 2001. № 12.

Международного союза латинского нотариата. На XXIII конгрессе МСЛН тема международного обращения нотариальных актов была признана «чрезвычайно актуальной», поскольку «свободное обращение нотариальных актов и признание за ними тех же правовых последствий, что и в стране происхождения, является необходимым условием выживания нотариата латинского типа в эпоху глобализации экономик и интернационализации права»[48]. Изменения, затронувшие Европейское сообщество в связи с принятием Маастрихтского и Амстердамского договоров, коснулись и МСЛН: установление рабочих контактов с Европарламентом, решение общих вопросов на конференциях нотариатов Европейского союза и т.д. В 1995 г. на одной из таких конференций был утвержден Европейский кодекс нотариальной этики, поводом для принятия которого послужил постоянный рост экономического и правового оборота, выходящего за пределы национальных границ[49]. В его развитие Собранием представителей нотариальных палат субъектов РФ был утвержден Профессиональный кодекс нотариусов РФ (постановление от 18 апреля 2001 г. № 10)[50]. В преамбуле кодекса специально указывается: «…в целях повышения стандартов профессиональной деятельности нотариусов Российской Федерации, приведением их в соответствие с требованиями Европейского кодекса нотариальной этики». Необходимо особо подчеркнуть, что указанный кодекс помимо формулирования профессиональных стандартов нотариальной деятельности и личного поведения нотариуса, устанавливает меры и основания дисциплинарной ответственности (вплоть до подачи заявления в суд о прекращении полномочий нотариуса), а также порядок привлечения к ней. Профессор В.В. Ярков отмечает: «Кодекс является документом прямого действия и распространяет свое действие на всех нотариусов системы внебюджетного нотариата»[51].

Упрощение свободного обращения нотариальных документов в мире видится в возможности нотариуса самостоятельно (вне каких-либо дополнительных процедур) признавать иностранные нотариальные акты. Например, 21 апреля 2004 г. был принят Регламент Совета ЕС № 805/2004 о введении европейского исполнительного листа

---

[48] Медведев И.Г. Аналитический обзор по материалам работы последних конгрессов МСЛН // Центр нотариальных исследований: материалы и статьи. Вып. 1. Екатеринбург, 2003. С. 104.

[49] Черемных Г.Г., Черемных И.Г. Нотариальное право. М.: Изд-во ЭКСМО, 2006. С. 673.

[50] Нотариальный вестник. 2001. № 7.

[51] Нотариальное право / Под ред. проф. В.В. Яркова. М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 124.

по бесспорным требованиям, предметом регулирования которого является исполнение нотариальных актов по денежным требованиям в государствах – членах ЕС. В соответствии с установленными нормами документы, выданные в одном государстве, принимаются к исполнению нотариусами другого государства[52].

В соответствии со ст. 104 Основ о нотариате нотариус в соответствии с законодательством РФ, международными договорами применяет нормы иностранного права. Нотариус также принимает документы, составленные в соответствии с требованиями международных договоров, а также совершает удостоверительные надписи в форме, предусмотренной законодательством других государств, если это не противоречит международным договорам РФ. Как видно, в основе участия нотариуса в международном документообороте лежит российское законодательство. Часть 1 ст. 1186 Гражданского кодекса РФ (ГК РФ, часть 3)[53] предусматривает: «Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов (п. 2 ст. 3) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации». В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Нашим государством заключен ряд двусторонних соглашений об оказании правовой помощи, в которых есть нормы, имеющие непосредственное отношение к деятельности нотариуса. Нельзя не сказать, что в некоторых договорах уделяется особое внимание признанию и исполнению судебных решений по имущественным спорам. К таким решениям нередко относятся нотариальные акты, имеющие силу исполнительной надписи (причем по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой они совершены): например, ст. 52 Договора между Российской Федерацией и Социалистической

---

[52] Актуальные вопросы нотариата в Германии в 2005 г. [Электронный документ]: http://www.notiss.ru/usrimg/notariat_actuel_de.htm (Центр нотариальных исследований).

[53] Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

Республикой Вьетнам о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам (заключен в Москве 25 августа 1998 г.). Это при том, что в России не утихают дискуссии о юридическом значении исполнительной надписи нотариуса. Большинство договоров о правовой помощи закрепляют общее правило, что нотариальные акты освобождаются от какой-либо легализации, апостилирования или выполнения других аналогичных формальностей при их предъявлении на территории одного из участников договора (например, ст. 26 Договора между Россией и Аргентиной о сотрудничестве и правовой помощи по гражданским, торговым, трудовым и административным делам, заключенного в Москве 20 ноября 2000 г.). Приведенные правила учтены ст. 106 Основ о нотариате, согласно которой документы, составленные за границей с участием должностных лиц компетентных органов других государств или от них исходящие, принимаются нотариусом при условии их легализации органом Министерства иностранных дел РФ. Без легализации такие документы принимаются нотариусом в тех случаях, когда это предусмотрено законодательством РФ и международными договорами РФ. Следует руководствоваться также Гаагской конвенцией, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов от 5 октября 1961 г.[54], смысл которой – в освобождении от легализации официальных документов, которые были совершены на территории одного из договаривающихся государств и должны быть представлены на территории другого договаривающегося государства[55]. К таким документам, согласно ст. 1 Конвенции, относятся, в частности, и нотариальные акты.

Международное право может расширять компетенцию российских нотариальных органов, так как ст. 109 Основ о нотариате предусматривает, что если международный договор РФ относит к компетенции нотариуса совершение нотариального действия, не предусмотренного законодательством РФ, нотариус производит это нотариальное действие в порядке, устанавливаемом Министерством юстиции РФ. Однако сам порядок (подзаконный акт) отсутствует. Методические рекомендации по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами РФ, утвержденные Приказом Минюста России № 91 от 15 марта 2000 г.[56], также совершенно не учитывают дан-

[54] Бюллетень международных договоров. 1993. № 6.

[55] См.: Богуславский М.М. Международное частное право. М.: Юристъ, 2005.

[56] Бюллетень Минюста РФ. 2000. № 4.

ную ситуацию. В соответствии со ст. 108 Основ о нотариате нотариус обеспечивает доказательства, требующиеся для ведения дел в органах других государств. Если сравнить со статьями 102 и 103 Основ о нотариате, закрепляющими участие нотариуса в обеспечении доказательств для представления в российские органы, то видны следующие отличия. В России обеспечение доказательства возможно только для судебных или административных органов, ст. 108 таких ограничений не содержит. Статьи 102 и 103 Основ о нотариате не подтверждены нормами российского процессуального законодательства. В частности, экспертиза, проведенная по постановлению нотариуса, для суда значения иметь не будет. Кроме того, проблематичен допрос свидетеля в случае его уклонения, что не будет наказуемым в соответствии с отечественным законодательством. Нормы иностранного и международного права, наоборот, достаточно активно включают нотариуса в процесс обеспечения доказательств.

Унификация идет также и в другом направлении – установления единых нотариальных процедур. В качестве примера можно привести Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г., которая призвана заменить Минское соглашение между странами – участницами СНГ 1993 г. Так, ст. 43 содержит важное правило относительно языка нотариального производства: «Форма и срок действия доверенности определяются по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой она выдана. Такая доверенность с нотариально заверенным переводом на язык Договаривающейся Стороны, на территории которой она будет использоваться, либо на русский язык принимается на территориях других Договаривающихся Сторон без какого-либо специального удостоверения». Статья 51 закрепляет: «Производство по делам о наследовании движимого имущества компетентны вести учреждения Договаривающейся Стороны, на территории которой имел место жительства наследодатель в момент своей смерти. Производство по делам о наследовании недвижимого имущества компетентны вести учреждения Договаривающейся Стороны, на территории которой находится имущество». Унификация законодательства серьезно затрагивает компетенцию нотариуса, придавая национальной форме защиты международный характер. Нотариус, принимая документы от зарубежного коллеги, уже заранее знает, по каким правилам они должны быть оформлены (вне зависимости от места составления

нотариального акта). Например, ст. 394 Кодекса торгового мореплавания РФ устанавливает, что в случае, если во время плавания или стоянки судна имело место происшествие, которое может явиться основанием для предъявления к судовладельцу имущественных требований, капитан судна в целях обеспечения доказательств должен сделать заявление о морском протесте. В соответствии со ст. 99 Основ о нотариате такое заявление капитана судна в порту РФ принимается нотариусом. Оно должно содержать описание обстоятельств происшествия и мер, принятых капитаном для обеспечения сохранности вверенного ему имущества. В то же время необходимо учитывать, что акт о морском протесте составляется по определенной форме, которая была принята в 1949 г. в Амстердаме Международным морским комитетом.

Подводя итог, дополним, что проекты новых законов о нотариате (на сайте Федеральной нотариальной палаты их уже размещено два) не содержат принципиально новых норм, определяющих применение нотариусом норм международного и иностранного права. Отчасти это выглядит верным, так как содержание всего закона о нотариате в целом должно отвечать требованиям сближения с системой латинского нотариата. Данная задача должна реализовываться во время разработки нового российского закона о нотариате. Кроме того, вопросы унификации и интернационализации разрешаются в источниках международного права и базовых российских законах: таких, например, как Гражданский кодекс. В то же время требования современности обусловливают поиск оптимальных моделей построения нотариата. Этим активно занимаются в Западной Европе, придавая нотариусу все больше новых функций, вытекающих из особенностей информационного общества. Об этом свидетельствуют темы современных зарубежных конференций и исследований: Интернет и нотариат, медиация в нотариате, нотариус как регистратор. В отличие от коллег российский нотариат получает не просто некое развитие, а скорее наоборот – определенный откат: нотариус окончательно вытеснен из оборота недвижимости, все больше органов обладает квазинотариальными полномочиями (от удостоверения доверенностей до свидетельствования верности копий), нотариусы обременены оказанием льготной помощи без компенсации со стороны государства и многое другое. Отмечается, что государство решило экономическим путем вынудить нотариусов самим активизироваться в решении проблем их правового статуса, минимизируя их доходные статьи финансовых поступлений, а также

проводя соответствующую налоговую политику, результатом которой становится предъявление максимальных требований к нотариальной деятельности, направленных на уменьшение ее доходности. Несмотря на то что основания такого отношения можно понять, в целом эта позиция со стороны носителей власти представляется не совсем правильной и оправданной. М. Мерлотти, констатируя, что дух наживы поразил российский нотариат, отмечает: «Когда над нотариатом сгущаются тучи, избранники гражданского общества проявляют пагубную тенденцию отстраняться от него. При принятии новых законов (или глав Гражданского кодекса – основного закона частного права) они лишают себя великолепного инструмента предупредительного правосудия и правовой защиты, каким является нотариальный акт, – и только для того, чтобы доказать, что можно обойтись без нотариусов!»[57]

Вышеизложенное позволяет сформулировать ряд выводов:

1. Опыт международного сотрудничества необходимо развивать, однако не ограничиваясь странами – участницами Европейского союза. Более активно необходимо проводить политику унификации законодательства о нотариате в рамках СНГ. Первым шагом могла бы стать разработка модельного закона о нотариате Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ.

2. Необходимо отказаться от политики «выдавливания» нотариата из системы несудебной защиты гражданских прав физических и юридических лиц. Используя международный опыт, следует продумать новые формы участия нотариуса в выполнении правозащитных функций. Одним из перспективных направлений может стать использование потенциала нотариата в формировании института медиации.

3. Принятие нового закона о нотариате обусловлено как несовершенством Основ о нотариате, принятых еще до вступления в силу Конституции РФ в 1993 г., так и новыми «вызовами» современности. Прежде чем формировать содержание нормативного акта, необходимо четко выработать саму концепцию нотариата, которая, как представляется, должна строиться на принципах латинского нотариата.

Библиографический список

Богуславский М.М. Международное частное право. М.: Юристъ, 2005.

[57] Мерлотти М. Нотариат – это инструмент мира. Послание российским коллегам // Российская юстиция. 2003. № 5. С. 10.

Звонарева О.С. Глобализация и взаимодействие цивилизаций: политико-правовые аспекты // Право и политика. 2005. № 5.

Кабалкин А., Санникова Л. Глобализация правового пространства и новеллы российского гражданского законодательства // Российская юстиция. 2001. № 12.

Клячин Е.Н. Потенциал российского нотариата – государству, обществу, гражданину // Нотариальный вестник. 2003. № 9.

Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3.

Медведев И.Г. Аналитический обзор по материалам работы последних конгрессов МСЛН // Центр нотариальных исследований: материалы и статьи. Вып. 1. Екатеринбург, 2003.

Мерлотти М. Нотариат – это инструмент мира. Послание российским коллегам // Российская юстиция. 2003. № 5.

Нотариальное право / Под ред. проф. В.В. Яркова. М.: Волтерс Клувер, 2003.

Пиепу Ж.-Ф., Ягр Ж. Профессиональное нотариальное право. М.: Юристъ, 2001.

Топорнин Б.Н. Европейское право. М.: Юристъ, 1998.

Черемных Г.Г., Черемных И.Г. Нотариальное право. М.: Изд-во ЭКСМО, 2006.

Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998.

Russian Notary and International Unification of Law
(Summary)

*Olga V. Romanovskaya**

In the article the analysis of the present-day problems of Russian notary stipulated by international process unification of law is given. The author defines the forms of international unification, points out the degree of the influence of the international law on Russian notary legislation and extracts the ways of its improvement.

Keywords: notary; unification of law; Russian legislation.

* Olga V. Romanovskaya – Ph.D. in Law, assistant professor of the Chair of Private Law, Penza State University. vlad93@sura.ru.

Территориальность интеллектуальной собственности на современном этапе

Леанович Е.Б.[*]

Статья посвящена анализу территориальности интеллектуальной собственности в условиях глобализации. Автор выявляет основания для применения коллизионных норм к интеллектуальной собственности. Осуществляется сравнительный анализ положений российского права (третьей и четвертой частей Гражданского кодекса Российской Федерации) и права других государств (Республики Беларусь и Украины). Доказывается возможность и целесообразность применения иностранного права по некоторым вопросам интеллектуальной собственности.

Автор показывает закономерность постепенного ограничения территориальности интеллектуальной собственности с помощью методов международно-правового регулирования на примере наиболее авторитетных международных соглашений по вопросам интеллектуальной собственности. Отмечается, что в настоящий момент заключение новых международных соглашений, ограничивающих территориальность интеллектуальной собственности, маловероятно. Делается вывод, что отказ от территориальности интеллектуальной собственности будет развиваться в национальном праве и судебной практике.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; коллизионные вопросы интеллектуальной собственности; международная охрана интеллектуальной собственности; территориальный характер интеллектуальной собственности; глобализация.

Национальные законы об интеллектуальной собственности не действуют экстерриториально – они не применяются на иностранной территории. Лицо, чьи права на объект интеллектуальной собственности охраняются в одном государстве, не может рассчитывать на то, что охрана этого объекта на тех же условиях и в том же объеме обязательно действует в других государствах. В литературе принцип территориальности традиционно иллюстрируется на примере промышленной собственности[1]. Регистрация и выполнение других формальностей в одном

[*] Леанович Елена Борисовна – к.ю.н., доцент кафедры международного частного и европейского права факультета международных отношений Белорусского государственного университета. leanovich@rambler.ru.

государстве не являются основанием для автоматического предоставления охраны в другом государстве. Но и в авторском праве территориальные ограничения осложняют испрашивание охраны в нескольких государствах. Даже если какие-то факты, имевшие место в рамках иностранной юрисдикции, принимаются во внимание, правила, условия, порядок охраны прав интеллектуальной собственности не определяются иностранным правом.

Территориальность интеллектуальной собственности значительно отличает ее от собственности материальной. Вещные права в гораздо меньшей степени, чем интеллектуальные права, уязвимы в международном обороте. Перемещение через национальные границы материальных объектов (машин, оборудования, картин, книг и т.д.) не влечет прекращения вещных прав, возникших по законам иностранного государства. Наличие же интеллектуальных прав на нематериальные объекты, воплощенные в этих вещах, ставится под сомнение и оценивается через призму правовой системы государства по месту испрашивания охраны.

Основной причиной территориальности интеллектуальной собственности является задача, которая стоит перед любым государством, – обеспечение приоритетов своего экономического развития. Монополия, предоставляемая государством правообладателю, необходима для стимулирования инвестиций в интеллектуальные достижения. Но в этом процессе государство оказывает поддержку в первую очередь своим лицам, поскольку охрана прав интеллектуальной собственности иностранцев предполагает ограничение доступа отечественных лиц к мировым интеллектуальным достижениям.

Анализ развития правового регулирования интеллектуальной собственности в разных странах показывает, что с самого начала направляющей и движущей силой этого процесса стали интересы государственной экономической политики[2]. В настоящий момент обострение конкуренции государств в инновационном развитии и необходимость поддержки национальных правообладателей не способствуют отказу от территориальности в охране прав интеллектуальной собственности. В то же время территориальность интеллектуальной собственности

[1] Dinwoodie, Graeme B. Trademarks and territory: detaching trademark law from the nation-state / Graeme B. Dinwoodie // Houston law review. 2004. Vol. 41. № 10–11. P. 887–973.

[2] Территориальная природа интеллектуальной собственности / Публикация ВОИС «Интеллектуальная собственность в Интернет: обзор проблем». 2002 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://ilex.com.ua/view/intelect-article/browse/1/article/64.html. (дата обращения: 27.07.08).

не отвечает современным вызовам глобализации. Она противоречит процессам интернационализации культурной, информационной, научно-технической и экономической жизни общества. В научно-правовой литературе все чаще высказывается мнение, что территориальность интеллектуальной собственности в современном обществе является анахронизмом и пережитком прошлого[3]. Безусловно, такой подход является слишком радикальным. Поэтому в современном мире территориальное признание прав интеллектуальной собственности в значительной степени облегчается применением механизмов международного и национального права.

Преодоление территориального характера прав интеллектуальной собственности стало осуществляться с помощью методов международно-правового регулирования с конца XIX в. За более чем вековую историю развития сложилась стройная система международного сотрудничества по вопросам интеллектуальной собственности. Центром данной системы является Всемирная Организация Интеллектуальной Собственности (ВОИС), к ведению которой относится около трех десятков универсальных соглашений по различным вопросам интеллектуальной собственности. Значительным достижением в развитии международного сотрудничества в области интеллектуальной собственности является Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), заключенное в рамках ВТО. Есть также значительное число региональных и двусторонних соглашений, посвященных различным вопросам интеллектуальной собственности.

Международные соглашения минимизируют негативные аспекты территориального характера интеллектуальных прав и позволяют:

– обеспечивать доступ иностранцев к национально-правовым системам охраны (национальный режим, режим наибольшего благоприятствования);

– сокращать материальные и временные издержки в процессе оформления прав в нескольких государствах (право приоритета, международные системы регистрации, патентования и депонирования);

– учитывать некоторые обстоятельства правовой охраны объектов интеллектуальной собственности по иностранному праву.

Значительны успехи международно-правового регулирования в целях преодоления территориального характера прав интеллектуальной

[3] Marshall Leaffer A. The Law World of Internet. Trademark Law // Intellectual Property Law Review. 1998. Vol. 1. № 28. P. 28.

собственности на региональном уровне. В частности, региональная патентная кооперация, единообразно действующая во всех странах – членах ЕС, единая система правовой охраны товарных знаков и промышленных образцов Сообщества в значительной степени позволяют дистанцировать охрану прав интеллектуальной собственности в международном обороте от национально-правовых систем. Универсальные международно-правовые механизмы в основном затрагивают только процесс признания прав интеллектуальной собственности за иностранцами и облегчают его осуществление в нескольких государствах. После этого практически все вопросы: объем правомочий, срок охраны, средства правовой защиты и т.д. – регулируются национальным правом.

Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. и Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. существенно ограничили территориальный принцип охраны исключительных прав. Национальный режим, конвенционное право приоритета и другие правовые механизмы первых базовых международных договоров в области интеллектуальной собственности расширили охрану в иностранных государствах за пределами юрисдикции государства национальности правообладателя или места возникновения охраны. Одно из старейших международных соглашений в области интеллектуальной собственности, Международное соглашение о международной регистрации знаков 1891 г., предоставило возможность получения охраны в нескольких государствах на основе одной процедуры.

В развитии международного права интеллектуальной собственности прослеживается тенденция продолжать последовательное снятие территориальности интеллектуальной собственности. Так, согласно Гаагскому акту о пересмотре Парижской конвенции 1925 г. в нее вошла ст. 6 bis, предусматривающая возможность предоставления охраны знаку без регистрации в результате того, что он приобрел международную известность. В Берлинской редакции Бернской конвенции 1908 г. был осуществлен отказ от принципа предоставления авторско-правовой охраны в зависимости от выполнения формальностей, предусмотренных в стране первой публикации. Постоянно расширяется и совершенствуется система универсальных и региональных соглашений, предусматривающих международные процедуры оформления прав на объекты промышленной собственности. В 1925 г. принято Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных

образцов, в 1970 г. заключен Вашингтонский договор о патентной кооперации, в 1977 г. подписан Будапештский договор о международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры, в 1994 г. создана Евразийская патентная система и т.д.

Однако, несмотря на большое количество международных договоров, способствующих преодолению территориальности интеллектуальной собственности, основное ее проявление остается. Практически все вопросы предоставления охраны и осуществления защиты прав интеллектуальной собственности решаются национальным правом государства, в рамках юрисдикции которого заявлены соответствующие требования.

Международные соглашения по вопросам интеллектуальной собственности признают территориальное ограничение ее охраны. Наиболее очевидным образом это проявляется применительно к объектам промышленной собственности. В ст. 4-bis Парижской конвенции закреплен принцип независимости патентов: патенты, заявки на которые поданы в разных государствах-участниках, независимы от патентов, полученных на то же изобретение в других странах, как по основаниям недействительности, так и по сроку действия патента. Причем в п. 5 данной статьи специально оговорено, что получение патента с преимуществом, вытекающим из приоритета, не влияет на срок действия патента в разных странах.

Однако и Бернская конвенция, отказавшаяся от формальных требований, в меньшей степени, чем Парижская конвенция, но все же признает территориальность авторского права. Согласно п. 1-3 ст. 5 Бернской конвенции, предоставление авторско-правовой охраны и по принципу гражданства, и по принципу происхождения произведения означает прежде всего применение национального права по месту испрашивания охраны.

Мадридское соглашение содержит некоторые материальные правила, действующие единообразно во всех государствах, где знак получает охрану на основе международной регистрации, – срок действия регистрации и ее продления (ст. 6 и 7). Вместе с тем ст. 4 Мадридского соглашения свидетельствует, что оно исходит из признания территориальности охраны. Согласно этой статье последствием международной регистрации в странах, для которых она осуществлена, является предоставление знаку такой же охраны, как если бы он был заявлен там непосредственно.

Вашингтонский договор о патентной кооперации позволяет осуществлять международные процедуры подачи заявки, поиска и предварительной экспертизы, но не исключает необходимости получения национальных патентов, которые определяют охрану и защиту прав по национальному праву.

Обращение к наиболее авторитетным международным соглашениям по вопросам интеллектуальной собственности свидетельствует, что универсальное международно-правовое регулирование не затрагивает автономность национального права интеллектуальной собственности различных государств. Благодаря унификационным требованиям международных соглашений, особенно ТРИПС, основные правила национальных законов об интеллектуальной собственности схожи. Вместе с тем различия очень существенны. В США и некоторых других странах системы общего права первоначально авторские права могут возникнуть у юридического лица; в странах континентальной системы права и в России автором может быть только физическое лицо. По-разному решается распределение прав на служебные произведения в странах континентальной системы права и в России, с одной стороны, и в странах системы общего права, с другой стороны. В отличие от большинства стран, включая Россию, некоторые страны (США, Германия) допускают возникновение прав на товарный знак в результате использования обозначения. Специфична патентная система США, исходящая из принципа «первого изобретателя», а не «первого заявителя». Таких примеров можно привести еще очень много. Практически по любому вопросу интеллектуальной собственности возможна коллизия законов.

Размещение произведения на сайте в глобальной информационной сети Интернет, распространение товаров, воплощающих товарные знаки, в международном масштабе и другие варианты трансграничного использования объектов интеллектуальной собственности предполагают наличие иностранного элемента в отношениях. Следовательно, не исключена вероятность применения методов коллизионного регулирования. В международном частном праве особым образом осуществляется соотношение права страны суда как права государства, в котором заявлено требование об охране и защите интеллектуальной собственности, и иностранного права по месту возникновения прав, по национальности правообладателя или по другим локализующим факторам.

В учебной литературе по международному частному праву подчеркивается территориальный характер прав интеллектуальной

собственности, а коллизионное регулирование в этой области практически не рассматривается[4]. Раз национальные законы об интеллектуальной собственности не имеют силы за границей, то и оснований для коллизионных норм нет. Разделы учебных изданий по международному частному праву преимущественно посвящены описанию международных соглашений в области интеллектуальной собственности и норм национального законодательства по охране интеллектуальных прав иностранцев.

Между тем в современных источниках международного частного права постепенно расширяется коллизионное регулирование в области интеллектуальной собственности. Есть две группы вопросов, которые получают регламентацию: охрана интеллектуальных прав и договоры по вопросам интеллектуальной собственности.

Специальная коллизионная норма об охране интеллектуальных прав была включена в модельный Гражданский кодекс, разработанный Межпарламентской Ассамблеей СНГ, – это ст. 1232[5]. Согласно п. 1 данной нормы, к правам на интеллектуальную собственность должно применяться право страны, где испрашивается их защита. Данное правило вошло в ряд законодательных актов государств – участников СНГ по международному частному праву; например, оно закреплено в п. 1 ст. 1132 Гражданского кодекса Республики Беларусь[6]. Это правило разрешения коллизий по вопросам охраны интеллектуальных прав признано в международном частном праве ЕС. Регламент Европейского парламента и Совета ЕС от 11 июля 2008 г. «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» (Regulation of the European Parliament and of the Council № 864/2007 of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, известен как «Рим 2» или «второй римский регламент») регулирует коллизионные вопросы внедоговорных отношений интеллектуальной собственности. В преамбуле регламента

[4] Звеков В. П. Международное частное право. М.: Издательская группа ИНФРА-М, 1999. С. 378; Международное частное право / Л. П. Ануфриева [и др.]. 2-е изд. М. : ТК Велби «Проспект», 2006. С. 298; Федосеева Г. Ю. Международное частное право. 2-е изд. М. : Профобразование, 2000. С. 268.

[5] Модельный Гражданский кодекс для государств – участников СНГ / Модельные законы и кодексы / Межпарламентская Ассамблея СНГ URL: http://www.iacis.ru/html/index.php?id=22&nid=1&pag=151&find=гражданский%20кодекс. (дата обращении: 20.03.09 г.)

[6] Гражданский кодекс Республики Беларусь: принят Палатой представителей 28 октября 1998 г.: одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 г.: текст по состоянию на 8 августа 2008 г. [Электронный ресурс] / СООО «ИПА» Регистр». [Минск, 2008]. Доступ из справ-правовой системы ЮСИАС 6.0.

сказано, что применительно к нарушениям прав интеллектуальной собственности следует сохранить универсально признанный принцип применения права по месту испрашивания охраны. Соответствующая коллизионная норма содержится в п. 1 ст. 8 второго римского регламента[7].

Коллизионный принцип для отношений интеллектуальной собственности, «право страны, где испрашивается охрана», или lex loci protectionis, фактически представляет собой «право страны суда», или lex fori. Следовательно, отрицается возможность отсылки к иностранному праву по вопросам охраны интеллектуальных прав. В разделе VI «Международное частное право» третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации нет норм, закрепляющих lex loci protectionis применительно к охране интеллектуальной собственности собственности[8]. Толковать эту ситуацию можно двояко:

1) охрана и защита интеллектуальной собственности вообще не входит в предмет коллизионного регулирования, либо

2) жесткая привязка «lex loci protectionis» не является единственным и наиболее эффективным правилом разрешения коллизий и возможно применение открытой коллизионной привязки, содержащейся в п. 2 ст. 1186 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Современные явления в развитии российского права интеллектуальной собственности дают основания склоняться в пользу второго варианта. Коллизионные вопросы интеллектуальных прав прямо не обозначены в четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации[9]. Однако в ней содержатся правила, регулирующие отношения с иностранным элементом по вопросам охраны интеллектуальных прав. В частности, ст. 1231, 1256, 1304, 1321, 1328, 1332, 1336, 1341, 1346, 1359, 1382, 1434, 1438, 1457, 1495, 1517, 1522, 1531, 1536

---

[7] Regulation of the European Parliament and of the Council № 864/2007 of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations // Official Journal of the European Community. 2007. L. 199. P. 40-49.

[8] Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья от 26 нояб. 2001 г. № 146-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 1 нояб. 2001 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Фелерации 14 нояб. 2001 г. : ввод. Федер законом Рос. Федерации от 26 нояб. 2001 г. № 147-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 49, ст. 4552.

[9] Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть четвертая от 18 дек. 2006 г. № 230-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 24 нояб. 2006 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 8 дек. 2006 г. : ввод. Федер. законом Рос. Федерации от 18 дек. 2006 г. № 231-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52, ч. 1, ст. 5496.

Гражданского кодекса Российской Федерации в основном сформулированы исходя из lex loci protectionis. Наиболее явно к интеллектуальной собственности в целом применение этого принципа следует из формулировки п. 2 ст. 1231 Гражданского кодекса Российской Федерации: «При признании исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в соответствии с международным договором Российской Федерации содержание права, его действие, ограничения, порядок его осуществления и защиты определяются настоящим Кодексом независимо от положений законодательства страны возникновения исключительного права, если таким международным договором или настоящим Кодексом не предусмотрено иное».

Вместе с тем исключения из lex loci protectionis в четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации получили довольно широкое признание. В частности, возможность применения иностранного права по вопросам охраны интеллектуальных прав следует из п. 3 и абз. 2 п. 4 ст. 1256, п. 3 ст. 1304, п. 1. 3) и п. 2 ст. 1341, п. 1) ст. 1359, п. 2 ст. 1517, абз. 3 п. 5 ст. 1522, абз. 2 п. 2 ст. 1531, п. 1. 2) ст. 1536 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Например, согласно п. 3 ст. 1256 Гражданского кодекса Российской Федерации право государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав, определяет автора произведения или иного первоначального правообладателя при предоставлении на территории Российской Федерации охраны произведению в соответствии с ее международными договорами. В данном случае коллизия между российским и иностранным авторским правом решается по привязке lex loci actus.

Применение иностранного права в договорных отношениях интеллектуальной собственности имеет гораздо больше оснований, чем в отношениях, связанных с ее охраной. К договорам с иностранным элементом по вопросам интеллектуальной собственности право определяется по общим коллизионным привязкам:

– «место совершения сделки»;

– «автономия воли»;

– «место учреждения, жительства, деятельности стороны, осуществляющей решающее исполнение»;

– «право страны, с которой договор наиболее тесно связан».

Они применяются в отсутствие специального указания. В частности, на основании правил ст. 1210 Гражданского кодекса Российской

Федерации стороны договора о распоряжении исключительным правом могут самостоятельно выбрать право, регулирующее их права и обязанности по этому договору.

В российском праве коллизионные вопросы договорных обязательств в области интеллектуальной собственности в общей норме не обозначены. Тогда как согласно п. 2 ст. 1232 Модельного Гражданского кодекса СНГ, договоры, имеющие своим предметом права на интеллектуальную собственность, регулируются правом, определяемым согласно коллизионным нормам о договорных обязательствах. Данное положение не вошло в шестой раздел Гражданского кодекса Российской Федерации, но есть в источниках международного частного права других государств-участников СНГ (ст. 36 Закона Украины «О международном частном праве»[10], п. 2 ст. 1132 Гражданского Кодекса Республики Беларусь).

Вместе с тем, в п. 3.19) ст. 1211 Гражданского кодекса Российской Федерации выделены лицензионные договоры и для них указана привязка «право лицензиара». В силу того, что эта разновидность договоров по вопросам интеллектуальной собственности получила широкое распространение, в источниках международного частного права, для нее, как правило, всегда содержатся специальные коллизионные правила (п. 1.15) ст. 1225 Модельного Гражданского кодекса СНГ, п. 1.20) ст. 44 Закона Украины «О международном частном праве», п. 1.15) ст. 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь). Отсутствие общей нормы, распространяющей правила раздела VI «Международное частное право» третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации на любые договоры по вопросам интеллектуальной собственности не должно служить препятствием для применения к ним ст. 1210, 1211 и других коллизионных норм о договорах. Причем, критерий наиболее тесной связи по правилам ст. 1211 может быть установлен не только по месту нахождения стороны, осуществляющей решающее исполнение, но и по другим признакам, принимая во внимание условия и существо договора или совокупность обстоятельств дела.

В ходе развития коллизионного регулирования появляются новые специальные коллизионные привязки для определения применимого права в договорных отношениях в области интеллектуальной

[10] Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року № 2709-IV // Відомості Верховної Ради. 2005. № 32, ст. 422. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2709-15 (дата обращения: 12.10.2009).

собственности. Регламент Европейского парламента и Совета ЕС от 17 июня 2008 г. «О праве, применимом к договорным обязательствам» (Regulation of the European Parliament and of the Council № 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, известен как «Рим 1» или «первый римский регламент») не выделяет договоры по вопросам интеллектуальной собственности в отдельную группу. При отсутствии автономии воли к ним применяется право страны, в которой имеет местонахождение сторона, исполняющая основное обязательство (ст. 4 Регламента)[11]. Но в первом римском регламенте сделано исключение для франчайзинговых соглашений. При отсутствии выбора применимого права по соглашению сторон оно определяется по коллизионной привязке «право франчайзи».

Таким образом, нельзя отрицать наличие оснований для постановки коллизионного вопроса применительно к интеллектуальной собственности. Закрепление в третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации открытых коллизионных привязок, преимущественное применение критерия наибольшей тесной связи, а также ссылки на иностранное право об интеллектуальной собственности в его четвертой части предоставляют довольно широкий круг оснований для отсылки к иностранному праву.

Безусловно, территориальность интеллектуальной собственности значительным образом ограничивает эту возможность. Правовым обоснованием отказа в применении иностранного права к договору по вопросам интеллектуальной собственности могут служить правила ст. 1192 «Применение императивных норм», ст. 1193 «Оговорка о публичном порядке», ст. 1194 «Реторсии» Гражданского кодекса Российской Федерации.

Применение же иностранного права в соответствии с нормами четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации сводится к тому, что некоторые обстоятельства, обоснованные и являющиеся законными по иностранному праву, являются условием предоставления, ограничения, взаимного признания или прекращения охраны по праву Российской Федерации. Приведем конкретные примеры:

1. Для целей предоставления охраны в Российской Федерации по международным договорам учитывается срок действия

[11] Regulation EC № 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations // Official Journal of the European Community. 2008. Vol. 51. L. 177. P. 6–16.

исключительного права на объекты авторского права и смежных прав по иностранному праву – абз. 2 п. 4 ст. 1256, п. 3. 1304 Гражданского кодекса Российской Федерации.

2. На условиях взаимности определяется предоставление охраны исключительного права публикатора (п. 1.3 ст. 1341 Гражданского кодекса Российской Федерации) и свободное использование объектов промышленной собственности в транспортных средствах и космической технике (п. 1 ст. 1359 Гражданского кодекса Российской Федерации). Правила предоставления и ограничения охраны по российскому праву применяются, если законодательство иностранного государства аналогичным образом применяется в отношении граждан Российской Федерации и объектов, зарегистрированных в Российской Федерации.

3. В Российской Федерации может быть предоставлена охрана в качестве наименования места происхождения товара (НМПТ) наименования географического объекта, который находится в иностранном государстве. Гражданский кодекс Российской Федерации предусматривает, что в таком случае иностранное право определяет возможность охраны права использования НМПТ; лицо, которое может являться правообладателем (п. 2 ст. 1517); требования к документу, подтверждающему право на НМПТ в стране происхождения товара (абз. 3 п. 5 ст. 1522, абз. 2 п. 2 ст. 1531). Необходимость исследования и учета норм иностранного права по НМПТ следует из правил п. 1.2) ст. 1536 Гражданского кодекса Российской Федерации, поскольку утрата иностранным правообладателем прав в стране происхождения товара является основанием прекращения охраны в Российской Федерации.

На сегодняшний день можно выявить закономерность постепенного проникновения иностранного права интеллектуальной собственности в рамки отечественной юрисдикции. Интеллектуальная собственность находится в основном в поле частного права. Вполне вероятно, что коллизионная отсылка к иностранному праву (например, по месту возникновения охраны) с течением времени станет восприниматься так же естественно, как в других отношениях с иностранным элементом. Уже в средние века глоссаторы обосновали необходимость применения иностранного права к отношениям с иностранным элементом. Ответы на возможные вопросы о целесообразности этого применительно к интеллектуальной собственности дают реалии современного глобализованного мира.

В первом десятилетии XXI в. стремительно обостряется проблема несоответствия территориального характера прав интеллектуальной собственности активизации экономического, социального и культурного взаимодействия. Две основные проблемы, которые вышли в настоящее время на передний план – это либерализация международного оборота товаров и услуг, а также развитие трансграничного виртуального пространства. Мировой оборот контрафактных товаров увеличивается с каждым годом. Подделка лекарств и товарных знаков угрожает жизни и здоровью населения. Проблема в том, что перемещение контрафактных товаров зачастую опережает распространение правовой охраны на рынках их сбыта. Дигитализация, т. е. перевод объектов интеллектуальной собственности в цифровую форму, обеспечивает чрезвычайную легкость их размещения и использования в Интернет и других информационных сетях. В первую очередь это относится к объектам авторского права и смежных прав, однако в виртуальном пространстве широко используются и другие объекты интеллектуальной собственности – промышленные образцы, товарные знаки, изобретения и т. д.

Территориальность интеллектуальной собственности в современном мире – проблема очень сложная и противоречивая. Анализ международного и национального права показывает, что территориальный характер прав интеллектуальной собственности не носит абсолютный характер. По мере расширения возможности взаимодействия и взаимопроникновения национально-правовых систем может появиться универсальная охрана интеллектуальных прав. В западной юридической литературе встречаются даже очень смелые предложения о создании действительно в полном смысле слова международной охраны прав интеллектуальной собственности[12]. С ними нельзя согласиться. В частности, автономные национальные системы охраны исчезнут не скоро, а может быть – никогда. Возможность охраны изобретения или товарного знака во всех странах мира на основе патентования или регистрации в одной стране представляется утопией.

Отказ от территориальности интеллектуальной собственности осложнен национальными политическими интересами государств, которые обостряются в условиях протекционистских тенденций, вызванных мировым экономическим кризисом. Поэтому соответствующие

[12] Sterling J. A. L. World copyright law: protection of authors works, performances, phonograms, films, video, broadcasts and published editions in national, international and regional law. 2nd edition. London : Thomson Sweet and Maxwell, 2005. P. 926.

изменения в международное и национальное право вводятся очень осторожно. Как ни странно, заинтересованность в территориальности интеллектуальной собственности можно найти и у правообладателей. Лицензирование для одного или нескольких государств выгоднее, чем для всех сразу.

Тенденция последовательного ограничения территориальности интеллектуальной собственности в развитии международного и национального права сохранится (ВОИС проводит исследования в этой области[13]). Однако в ближайшем будущем маловероятно заключение новых международных соглашений, содержащих нормы, позволяющие снимать территориальный характер прав интеллектуальной собственности.

Наибольшую озабоченность со стороны международного сообщества вызывает проблема контрафакта. Международный оборот товаров, в котором незаконно используются объекты интеллектуальной собственности, достигает гигантских масштабов. По оценкам международных организаций, объем контрафактной продукции для некоторых стран достигает 100%[14]. Пиратство и контрафакт стали не менее прибыльным бизнесом для трансграничной преступности, чем торговля наркотиками и оружием. С правовой точки зрения благоприятные условия для этой деятельности предоставляет именно территориальность интеллектуальной собственности. Пересечение национальных границ товарами, незаконно воплощающими объекты интеллектуальной собственности, осуществляется гораздо проще и быстрее, чем охрана интеллектуальных прав в иностранном государстве.

Усилиями одного государства контрафакт не может быть поборен. Но даже по этой животрепещущей проблеме пока не удается достичь консенсус и заключить международное соглашение. Всемирный конгресс по борьбе с контрафактом и пиратством (Global Congress on Combating Counterfeiting and Piracy) проводится с 2004 г. по совместной инициативе ВОИС, Интерпола и Всемирной таможенной организации при поддержке ряда неправительственных организаций (Международной ассоциации по товарным знакам, Международной торговой палаты и др.).

---

[13] The Role of Private International Law and Alternative Dispute Resolution [Electronic resource] / World intellectual property organization / Program Activities. URL: http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap4.html (дата обращения: 15.05.2008).

[14] Идрис К. Интеллектуальная собственность – мощный инструмент экономического роста. Женева : ВОИС, 2004. С. 367.

Правовые механизмы, с помощью которых международное сообщество планирует остановить международные потоки контрафакта, пока не найдены[15]. Вероятно, одной из причин этого является неготовность государств отказаться от основы территориального характера прав интеллектуальной собственности – отсутствия экстерриториальной силы национальных законов об охране и защите прав исключительных прав.

Переосмысление территориальности интеллектуальной собственности на современном этапе будет осуществляться путем развития национального права и правоприменительной практики. Этот процесс затронет в первую очередь развитые страны, экономика которых становится все более ориентированной на интеллектуальные ресурсы. В частности, дискуссию о новых механизмах ограничения территориальности интеллектуальной собственности в рамках ВОИС инициирует ЕС, где римские регламенты уже обозначили необходимость совершенствования коллизионных норм об интеллектуальной собственности[16].

Библиографический список

Звеков В. П. Международное частное право. М. : Издательская группа ИНФРА-М, 1999. 686 с.

Идрис К. Интеллектуальная собственность – мощный инструмент экономического роста. Женева: ВОИС, 2004. 450 с.

Международное частное право / Л. П. Ануфриева [и др.]. 2-е изд. М.: ТК Велби «Проспект», 2006. 688 с.

Федосеева Г. Ю. Международное частное право. 2-е изд. М.: Профобразование, 2000. 320 с.

Dinwoodie Graeme B. Trademarks and territory: detaching trademark law from the nation-state // Houston law review. 2004. Vol. 41. № 10-11. P. 887-973.

Ermert M. ACTA: Negotiations advance «Behind the curtain»; many concerns // Intellectual Property Watch. 02.08.2008. URL: http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1186 (дата обращения: 15.08.2008).

[15] Ermert M. ACTA: Negotiations advance «Behind the curtain»; many concerns // Intellectual Property Watch. 02.08.2008. URL: http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1186 (дата обращения: 25.08.2008).

[16] Justifications for Topics Proposed as Future Work by the European Community and Its Member States at the SCCR. Doc. SCCR/17/4 of March 10-12, 2008 / World Intellectual Property Organization. URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_4.doc (дата обращения: 27.07.2009).

Marshall Leaffer A. The Law World of Internet. Trademark Law // Intellectual Property Law Review. 1998. Vol. 1. № 28. P. 28.

Sterling J. A. L. World copyright law: protection of authors works, performances, phonograms, films, video, broadcasts and published editions in national, international and regional law. 2nd edition. London : Thomson Sweet and Maxwell, 2005.

Territoriality of Intellectual Property at the Contemporary Stage
(Summary)

*Elena B. Leanovich**

The article dwells on territorial character of intellectual property rights in the present conditions of globalization. The author shows grounds for applying conflict of law rules to intellectual property. A comparative analysis of Russian legal norms (the third and the fourth parts of the Civil Code of the Russian Federation) and law of other states (Belarus, Ukraine) is given. The possibility and expediency of governing of certain intellectual property questions by international law are proved.

The author shows a trend of gradual restriction of intellectual property territoriality by international legal regulation using as examples the most famous international agreements on intellectual property. It is pointed out that conclusion of a new international agreements restricting territorial character of intellectual property is currently implausible. The author believes that rejection of the principle of the intellectual property territoriality is to proceed within national legal regulation and case law.

Keywords: **i**ntellectual property; conflict of law rules regarding intellectual property; international protection of intellectual property; territorial character of intellectual property; globalization.

* Elena B. Leanovich – Ph.D. in Law, assistant professor of the Chair of Private International and European law of the Faculty of International Relations, Belarusian State University. leanovich@rambler.ru.

Концепция права международной торговли во французской доктрине

Хомякова Н.П.[*]

Настоящая статья представляет концепцию права международной торговли во французской доктрине посредством анализа учебника под тем же названием, широко используемого во Франции. В этой связи, в статье кратко рассматривается следующий перечень проблем: предмет права международной торговли, его источники и «игроки» – I глава; сделки, заключаемые в рамках права международной торговли – II глава; разрешение споров (органы государственной юстиции, международный арбитраж) – III глава учебника. В заключении статьи излагается контекстный метод обучения, рекомендуемый автором настоящей статьи для овладения иноязычной профессиональной компетенцией.

Ключевые слова: право международной торговли; урегулирование споров; контекстный метод обучения.

Настоящая статья содержит анализ концепции права международной торговли, выдвинутой известными французскими юристами, специалистами в рассматриваемой области – Жаном-Мишелем Жакэ / Jean-Michel Jacquet, Филиппом Дэлёбеком / Philippe Délebeque, Сабиной Корнэлу / Sabine Corneloup. Эта концепция легла в основу учебника под тем же названием «Право международной торговли»/ "Droit du commerce international" указанных авторов, широко используемого в университетах Франции при подготовке юристов соответствующего профиля[1].

В **первой главе** учебника французские исследователи представляют историю развития права международной торговли и рассматривают его *предмет, цели, источники и участников.* Они связывают становление международной торговли как самостоятельной отрасли права с послевоенными годами, отмеченными небывалым взлетом товаро- и финансопотоков. При этом начиная с 70-х годов прошлого столетия наряду со сферой торговли широко развилась сфера предоставления

[*] *Хомякова Н.П.* – к.п.н., доцент кафедры французского языка №1 МГИМО (У) МИД РФ. homyakova@rambler.ru.

[1] Jean-Michel Jacquet, Philippe Délebeque, Sabine Corneloup. Droit du commerce international. P, Dalloz, 2007.

услуг, которая в настоящее время опережает первую. Одновременно государства мира оказались перед необходимостью решать проблемы международных инвестиций, связанные с интернационализацией производства, осваивать зарубежные рынки, решать специфику передачи прав на интеллектуальную собственность. Очевидность и сложность указанных проблем вынудила их координировать свою торговую политику на региональном и мировом уровне, следствием чего явилось создание ГАТТ, Евросоюза и ВТО. При этом сквозь призму собственно торговой политики все мировое сообщество было призвано разрабатывать общую стратегию и устанавливать правила поведения в сферах, не подпадающих под традиционное понимание международной торговли, таких как: защита окружающей среды, здравоохранение, недобросовестная конкуренция, социальное измерение. Указанный многофакторный контекст породил новую комплексную отрасль права – право международной торговли, вбирающую в себя элементы гражданского и торгового права, производного от них морского, а также международного частного права.

Будучи самостоятельной отраслью, в соответствии с французской доктриной, право международной торговли имеет свои цели, свой предмет, источники и участников.

Ее цель состоит в том, чтобы обеспечить регулирование посредством определенной совокупности инструментов права те правоотношения, которые возникают между участниками / «операторами» экономической деятельности в связи с совершаемыми ими разносторонними действиями / сделками. Уточняя предмет деятельности, которая лежит в основе права международной торговли, авторы указывают, что термин *экономическая* / activité économique имеет здесь принципиальное значение. Вытесняя термин *коммерческий, коммерческая* / commerciale, он толкуется широко и носит собирательный характер. Так, внешнеэкономические операции / activités économiques понимаются как вбирающие в себя два типа операций: юридические и материальные. Юридические операции обусловлены действиями самих участников международной торговли (например, урегулирование споров, возникающих между сторонами в договоре). Материальные операции охватывают договоры, касающиеся материального и нематериального имущества: договоры купли-продажи, внешнеторгового обмена, патентных лицензий. Сюда же относятся транспортные торговые операции, осуществляемые воздушными, морскими, железнодорожными и автодорожными

средствами, дистрибуторские международные договоры, комплексные договоры, такие как франшиза, договоры о посреднических услугах и о предпринимательстве, сохраняющие свою значимость в случае разобщенности партнеров по договору, несмотря на развитие электронных средств связи. Экспорт и импорт, операции займа и аренды, которые осуществляются за пределами одного государства, также являют собой механизмы, посредством которых осуществляется сегодня мировая торговля. Размещение за границей своих предприятий (что рассматривается сегодня как привычный и неизбежный элемент внешнеэкономической деятельности) сопряжено с необходимостью прибегать к созданию различных по форме товариществ: в этом право международной торговли тесно соприкасается с правом международных инвестиций – сферой, также восходящей к экономической правовой регламентации.

Раскрывая *предмет* права международной торговли, авторы анализируемой концепции отдельно останавливаются на понимании ими выражения *международный характер внешнеэкономической деятельности*. Они указывают, что наиболее распространенное понимание состоит в том, чтобы связать это понятие с каким-либо иностранным элементом/élément d'extranéité конкретного правоотношения. Речь может идти о разном гражданстве сторон в договоре, месте жительства или постоянном месте пребывания. Речь может идти также о месте заключения или исполнения договора, месте возникновения непредвиденного обстоятельства или нахождения товара.

Источники права международной торговли подразделяются авторами анализируемой концепции на *источники-средства* и *источники-нормы*. Источники-средства связаны с непосредственной деятельностью участников/ «операторов» и включают: индивидуальные и коллективные договоры, торговые обычаи, общие принципы права. Источники-нормы права охватывают три группы норм, относящихся к внутригосударственному праву, праву сообществ, транснациональным нормам.

Уникальность транснациональных норм в соответствии с позицией авторского коллектива состоит в том, что они освобождены как от требований внутренних законодательств, так и от требований международного правопорядка. В работе подчеркивается, что, хотя внутреннее законодательство в силу той высокой степени разработанности, которой оно достигло во многих странах, способно разрешить большинство проблем, выведенных на уровень международных договорных отношений, специфика некоторых из них (например, коллизия

законов) требует применения особых норм регулирования. Унифицированное право как раз и являет собой тот эффективный инструмент, который позволяет сократить препятствия на пути международного товарообмена.

Субъекты права международной торговли делятся авторами анализируемой концепции на «публичных игроков» / “acteurs publics” и «частных игроков» / “acteurs privés”. Первым по значимости публичным игроком выступает государство, поскольку эффективность функционирования международной торговой системы во многом зависит от его нормотворческой и правоприменительной активности. Она направлена на таможенное регулирование, лицензирование и котирование экспорта и импорта, валютные операции, содействие развитию внешней торговли и др. Эта многоаспектная интенсивная деятельность осуществляется во Франции через посредство следующих специализированных государственных структур: *Управление по внешнеэкономическим связям* / La Direction des relations économiques extérieures (Dree); *Французское агентство по содействию развитию международных компаний* / L’Agence Française pour le développement international des entreprises (UBI France)*; Французская компания страхования внешнеэкономических операций* / La compagnie française d’asurance pour le commerce extérieur (COFACE).

Другими субъектами права международной торговли являются *специализированные международные организации*/les organisations internationales spécialisées. К ним относятся: Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) / La conférence des nations unies sur le commerce et le droit (CNUDCI); Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) / L’organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMI); Международная организация гражданской авиации / L’organisation de l’aviatoin civile internationale; Международный институт по унификации частного права (Унидруа) / L’institut international pour l’unification du droit privé(Unidroit) и др.

Всемирная торговая организация (ВТО) / L’organisation mondiale du commerce (L’OMC) квалифицируется профессором Жакэ и его коллегами как «глобальный игрок». В работе представлена история становления ВТО – наследницы ГАТТ, подробно рассматривается содержание всех циклов (раундов) ее деятельности. Сегодня ВТО – это мощная международная организация, обладающая правосубъектностью и объединяющая большинство государств мира. В основу ее правопорядка положены два

принципа: *принцип недискриминации* / le principe de non-discrimination и *принцип защиты национального рынка через таможенные пошлины и их консолидацию* / le principe de la protection du marché et de la production nationale d'un Etat par les droits de douane et leur consolidation.

В качестве «частных игроков» – субъектов права международной торговли рассматриваются торговые товарищества и их объединения.

Во **второй главе** анализируемого учебника, озаглавленной «Сделки, регулируемые правом международной торговли» / "Les opérations du commerce international", значительное место отводится рассмотрению определения права, применимого к международным коммерческим договорам. При решении этой проблемы французская доктрина учитывает прежде всего волю сторон, подчеркивая значимость принципа *автономии воли* в этой сфере права. В соответствии с позицией французских ученых данный принцип являет собой мощный фактор прогнозируемости поведения сторон и юридической защищенности их договора. Вместе с тем его применение сопряжено с возникновением определенных трудностей. Эти трудности возникают тогда, когда стороны указывают в качестве применимого права нормы, относящиеся к различным системам правопорядка, или когда стороны опираются на отдельные положения закона какой-либо страны, не подчиняя свой договор в целом ее законодательству. Такие факторы вынуждают составлять сложные оговорки к заключаемому договору, с трудом в него инкорпорируемые. Их снятию во многом способствует Римская конвенция 1980 года о праве, применимом к договорным обязательствам 1991 / La convention de Rome de 1991 sur la loi appicable aux obligations , широко используемая в судебной практике стран Евросоюза, и во Франции в частности. Так, данная конвенция предусматривает понятие «дуалистической коллизионной нормы» / une règle de conflit dualiste, основанной прежде всего на учете принципа автономии воли, пополняемого «коллизионной нормой с объективной привязкой»/une règle de conflit à rattachement objectif в случаях, когда стороны явно не выразили свою волю (под «объективной привязкой» здесь понимается указание на место нахождения товара и на место постоянного пребывания одной из сторон в договоре). Французскими учеными подчеркивается, что опора на принцип автономии воли делает невозможным использование некоторых других норм права: таковой является прежде всего «норма обратной связи» / renvoi, а также «оговорка об исключении» / clause d'exception, несовместимость которой с принципом автономии

воли подтверждается ст. 15 Римской конвенции. Положения Римской конвенции пополняются содержанием Регламента Европейской комиссии о праве, применимом к договорным обязательствам, называемым «Рим-1» / Règlement de la comission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles – Rome I, 2005. Первая важная инновация Регламента содержится в его статье 3-1, которая устанавливает, что «выбор сторонами применимого права может быть выражен явно или следовать совершенно очевидным образом из положений договора, поведения сторон, а также обстоятельств дела». Вторая важная инновация содержится в статье 3-3 Регламента, допускающей выбрать в качестве применимого права не только национальное право, но и «принципы, нормы материального права, признанные на международном и европейском уровнях, каковыми являются, в частности: Принципы международных коммерческих договоров Унидруа, 2004 / Les Principes Unidroit pour les contrats du commerce international, Принципы европейского договорного права (работа продолжается) / Les Principes du droit européen du contrat.

В случае отсутствия выбора сторон рекомендуется применять положения Регламента, изложенные в его четвертой статье, касающиеся восьми наиболее распространенных типов договоров. Другие договоры должны регулироваться законом той страны, в которой сторона, осуществляющая «характерное исполнение» в момент заключения договора/la prestation caractéristique du contrat имеет свою постоянную резиденцию (соотносится с принципом «тесной связи», согласно статье 4 Римской конвенции).

Далее во второй главе описываются содержание и инструменты регулирования различных типов договоров/сделок, объединяемых авторами учебника в следующие группы: договоры купли-продажи и перевозки, определяемые как «сердце международной торговли»; договоры поручения и представительства, отражающие правоотношения, возникающие между участниками – «операторами» права международной торговли и их клиентурой; дистрибуторские договоры и договоры предоставления услуг; договоры финансирования, выступающие «определяющим фактором» международного товарообмена. Последние остаются «центральным нервом» расчетно-кредитных отношений внешнеэкономической деятельности.

В этой же главе рассматриваются проблемы инвестирования, коммерческой несостоятельности и конкурентного производства, характеризующие сегодняшнее право международной торговли.

Третья глава анализируемого учебника посвящена урегулированию споров в области международной торговли / Règlement des litiges du commerce international. Французские ученые указывают, что в некоторых случаях бывает возможно прибегнуть к альтернативным способам их разрешения / Règlement alternatif des différends (ADR), каковыми являются согласительная процедура / la conciliation и медиация/ la médiation. Однако чаще всего обстоятельства вынуждают стороны добиваться решения, имеющего юрисдикционный характер, обязательного для выполнения. Такого рода решение может быть вынесено либо органами государственной юстиции, либо международным арбитражным судом.

Подсудность французской государственной юстиции применительно к спорам, осложненным иностранным элементом, реализуется на основе соответствующих положений «общего права»/droit commun или норм европейского права. Первая из этих возможностей сопряжена прежде всего с применением статей 14 и 15 Французского гражданского кодекса (ФГК): статья 14 позволяет французскому гражданину-истцу вызвать во французский суд иностранца-ответчика, а статья 15 позволяет истцу-иностранцу вызвать во французский суд ответчика-француза.

Указанные статьи ФГК в значительной степени пополнены положениями статей 42 и 46 Нового процессуального кодекса / Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC). Так, статья 45 этого кодекса устанавливает, что «территориально компетентной судебной инстанцией является, если не указано иное, суд, находящийся по месту жительства ответчика». Статья 46 добавляет к этому, что «истец может обратиться, помимо суда, находящегося по месту жительства ответчика, в суд по месту поставки товара или исполнения услуги».

Вместе с тем совершенно очевидно, что в вопросе о рассмотрении споров по внешнеэкономическим сделкам французское правосудие широко опирается на положение региональных международных соглашений. Важнейшим из них на современном этапе развития внешнеэкономических отношений является Брюссельская конвенция о подсудности и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим спорам, 1968 / La convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de 1968. Положения этой конвенции были распространены на Луганскую конвенцию 1988 года того же названия, а затем пополнены регламентом совета ЕС за номером 44/2001

2000 года, получившим наименование Регламент Брюссель-I / Le Règlement du Conseil concernant la competence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matiere civile et commerciale du 22 decembre 2000 (Règlement Bruxelles-I). Указанные инструменты права применяются к любым гражданским и торговым спорам, за исключением тех, которые касаются имущественных прав, возникающих из брачных отношений и завещаний, банкротства, проблем арбитража. Они представляют собой основополагающие соглашения в области международного гражданского процесса, позволяющие разрешать конфликт юрисдикций/conflit de juridictions, предусматривающие эффективный механизм признания и исполнения иностранных решений, который позволяет отразить процессуальные формальности и существенно ускорить экономический оборот. Благодаря этим инструментам было сформировано единое правовое пространство для признания и исполнения судебных решений, а также новая система международной юрисдикции судов.

Другим способом разрешения споров, включающих иностранный элемент, является международный арбитраж. Наши французские коллеги подчеркивают, что арбитражное правосудие познало в современную эпоху невиданный взлет именно в сфере международной торговли. Этот фактор они объясняют тем, что арбитражное правосудие отвечает «ожиданиям»/attentes участников внешнеэкономических связей, связанным с преодолением неудобств и слабостей органов государственной юстиции. «Ожидаемые» преимущества связаны прежде всего с окончательностью и обязательностью арбитражных решений, выносимых по существу в одной инстанции/sans appel. Далее, если жесткие правила судопроизводства, характеризующие государственную юстицию, влекут за собой подчас установление достаточно травматичной обстановки, в которой проходят прения сторон (что препятствует их откровенному обмену мнениями и не способствует урегулированию конкретных отношений), то арбитражное судопроизводство характеризуется большей гибкостью в связи с тем, что оно осуществляется на основе права, избранного самими тяжущимися или их арбитрами. При этом сами арбитры также выбираются сторонами в споре и пользуются их полным доверием: естественно, что партнеры по сделке обращаются к профессионалам, глубоко сведущим в спорном вопросе, в то время как судьи государственных судов не всегда обладают должной компетенцией в сфере внешнеэкономических отношений.

Однако главное преимущество арбитража, по сравнению с государственным правосудием, состоит в невозможности для последнего создать «нейтральное поле» для обеих сторон в споре, представляющих разные государства, поскольку для судьи (как это нередко отмечалось) всегда будет ближе позиция его соотечественников, с которыми его связывает общее культурное наследие, находящее свое отражение в лингвистическом, экономическом и особенно юридическом аспекте.

Вместе в тем, согласно позиции авторов анализируемой работы, государственное и арбитражное правосудие не следует рассматривать как взаимоисключающие сферы права; они дополняют друг друга. Эта комплементарность/complémentarité структурируется на трех уровнях: на уровне *координации*/coordination, на уровне *сотрудничества* / collaboration, на уровне *верховенства государственной юстиции* / la prévalence de la juctice étatique sur la justice arbirtale, что закреплено статьями 1458 и 1493 Нового процессуального кодекса Франции.

Представленный краткий анализ концепции права международной торговли, разработанной профессором Жакэ и его коллегами, позволяет сделать вывод о том, что она, несомненно, близка многим положениям национальной российской доктрины. В наибольшей степени она роднится, на наш взгляд, с содержанием концепции профессора А.А. Костина «Правовое регулирование внешнеэкономических связей» (ПРВЭС)[2], отраженной в его одноименном курсе. Данный курс опирается на положения отечественного и зарубежного гражданского и торгового права, предполагая их предварительное изучение, отводит значительное место международному частному праву (МЧП), регулирующему гражданско-правовые отношения, в которых присутствует иностранный элемент, чтобы затем перейти к рассмотрению собственно регулирования внешнеэкономических связей.

Определенную созвучность рассмотренной концепции права международной торговли мы находим и в трудах других представителей российской доктрины: А.С. Комарова[3], М.М. Богуславского[4], Н.И. Марышевой[5].

---

[2] Костин А.А. Правовое регулирование внешнеэкономических связей: Учебник по публичному и гражданскому праву. В 2 томах. Том II. Частное право. М.: Статут, 2008.

[3] Комаров А.С. (под редакцией). Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М.: ДеКА, 2001.

[4] Богуславский М.М. Международное частное право. М.: Юрист, 2004.

[5] Марышева Н.И. Международное частное право. М.: Юрист, 2004.

Таким образом, общий вывод, который нам представляется логичным сделать из представленного нами краткого обзора известного французского учебника, состоит в том, что он содержит оригинальную и вместе с тем во многом корреспондирующую с позицией российских ученых концепцию, отражающую комплексную и многоаспектную проблематику современной международной торговли, что делает его несомненно полезным и достойным для изучения. Нет сомнения в том, что овладение материалами данного глубоко специализированного учебника, как и других ценных аутентичных юридических материалов, раскрывающих перед обучающимися правовую культуру страны изучаемого иностранного языка, наиболее полно и эффективно реализуется в курсе по языку специальности. В этой связи кратко остановимся, заключая нашу статью, на тех методах и приемах обучения, которые современная педагогическая наука рекомендует использовать в процессе профессионально ориентированной иноязычной подготовки студентов.

Ведущей универсальной педагогической теорией, получающей все большее распространение в профессиональном образовании и обусловливающей используемые в нем методы, приемы и технологии, является, по мнению многих ученых, *теория контекстного обучения*, разработанная А.А. Вербицким[6] и представителями его школы.

Контекстное обучение – *это обучение, в котором с помощью всей системы дидактических форм, методов и средств, традиционных и новых, моделируется предметное и социальное содержание будущей профессиональной деятельности специалиста, а усвоение им абстрактных знаний, как знаковых систем, наложено на канву этой деятельности*. Применение теории контекстного обучения в учебном процессе диктует необходимость его структурирования с опорой на ряд принципов, важнейшие из которых представлены ниже.

Так, *принцип учета контекстов профессиональной деятельности* какой-либо категории специалистов в процессе их иноязычной профессионально ориентированной подготовки означает, что курс по языку специальности для этой категории специалистов должен строиться на основе определенных категорий, отражающих содержание контекстов их будущего труда, каковыми являются:

Принцип проблемности содержания обучения и его развертывания в образовательном процессе знаменует собой переход

[6] См. подробно: А.А. Вербицкий 1999, 2000, 2004, 2006.

• **Репертуар специальных (правовых) текстов по определенной тематике**, являющихся источником профессио-нальных знаний, выступающих в учебном процессе в качестве ориентировочной основы практических действий для последующего решения типовых и проблемных задач;	Контексты учебного предмета и научного знания определенной сферы образования (юриспруденции), отражающие две сопоставляемые (правовые) культуры
• **реестр функциональных ролей этих специалистов**, указывающий на те социальные функции, которые они призваны выполнять на производстве; • **перечень типичных для них ситуаций профессиональной деятельности**, каждая из которых выступает ориентиром для отбора/разработки соответствующих проблемных заданий; • **совокупность сфер и подсфер профессионального общения**, указывающих на те виды и жанры дискурсов, которыми надлежит овладевать конкретной категории обучающихся для возможности их эффективного участия в межкультурном профессиональном общении.	Социокультурный контекст, сопряженный с определенной сферой образования (юриспруденцией), отражающий две сопоставляемые (правовые) культуры

от преимущественно регламентирующих, алгоритмизированных, программированных норм и методов организации дидактического процесса в вузе к развивающим, проблемным, исследовательским, поисковым. В силу этого принципа в курсе по языку специальности рекомендуется практиковать наряду с традиционными заданиями (реферирование, перевод) *технологии проблемного типа*. Подобные технологии развивают в едином потоке учебного процесса не только специальные лингвистические компетенции, но и собственно профессиональные качества: соответствующие способы мышления, профессиональную мотивацию.

В работе со студентами-юристами, изучающими французский язык, рекомендуется использовать нижеследующие технологии проблемного типа, традиционно применяемые во франко-германской системе подготовки юристов и имеющие аналоги в российской системе образования.

Одни из них моделируют уровень интеллектуальной активности, а другие (комплексные) моделируют одновременно уровень интеллектуальной и социальной активности[7].

Вынесение решения по практической ситуации/делу, называемое также казусом, юридической задачей[8] – Cas pratique[9]; **Комментирование постановления суда – Commentaire d'arrêt[10];** **Написание профессионального эссе – Dissertation juridique[11].**	Технологии проблемного типа, моделирующие интеллектуальную активность
Проведение деловой игры, разыгрывание профессионально ориентированных ситуаций, имитирующих проведение научных форумов, заседаний суда, арбитражей – Jeux de rôle, Tenue des colloques; Simulation des audiences, Simulation des arbitrages.	Комплексные технологии проблемного типа, моделирующие интеллектуальную и социальную активность

Принцип межпредметной координации/принцип межпредметности предусматривает целенаправленное согласование содержания различных дисциплин с целью формирования в сознании обучающихся целостного восприятия предметов и явлений окружающего мира. В рамках дисциплины «Язык специальности» междисциплинарная

---

[7] Следует указать, что, хотя обе ветви проблемного типа способствуют эффективности речемыслительной деятельности, они имеют каждая свою специфику. Так, если технологии, основанные на проблемной ситуации моделируют условия творческой мыслительной активности на основе проблемной ситуации, то комплексные технологии позволяют моделировать также и условия социальной активности. В условиях игры студент активен двояко: исполняя свою роль специалиста и члена коллектива [А.А. Вербицкий 1999, 2004, 2006]. К этому следует добавить, что комплексные технологии несомненно способствуют развитию профессионального группового мышления специалистов, что рассматривается как одна из важнейших задач высшей школы сегодня [М.А. Матюшкин, 2003].

[8] См.: Васильев Е.А. Практикум по гражданскому и торговому праву зарубежных государств. М.: Международные отношения, 2005.

См.: Кабатов В.А. Практикум по гражданскому праву Российской Федерации. М.: МГИМО, 2001.

[9] См.: Mouralis J-L. Le Cas pratique en droit civil. P., 2000.

[10] См.: Mendegris R., Vermelle G. Le commentaire d'arrêt en droit privé. P., 2004.

[11] См.: Gridel J-P. La dissertation, Le cas pratique et la Consultation en droit privé. P., 2000.

координация носит предметно-языковой, а также социокультурный характер. Она проявляется в том, что содержание обучения языку специальности (отраженное в программах, учебниках, пособиях) строится с учетом содержания контекста учебного предмета, контекста научного познания, социокультурного контекста содержания профилирующих дисциплин (правовых). Дисциплина «Язык специальности» выступает здесь важным звеном, корректной формой аккумулирования межпредметных знаний, навыков и умений, направленных на становление специальной иноязычной коммуникативной компетентности будущих профессионалов.

На основе базовых положений теории контекстного обучения была разработана модель иноязычной, профессионально ориентированной подготовки нефилологов на примере юристов, специализирующихся в области права международной торговли/международного частного права и регулирования внешнеэкономических связей (двух близких направлений подготовки). Ведущая идея данной модели состоит в том, что **специальная иноязычная коммуникативная компетентность выпускников вузов** (в нашем случае, юристов указанного профиля подготовки) **выступает неотъемлемым, интегративным компонентом в составе целостной социально-профессиональной компетентности молодого специалиста.**

Библиографический список

Богуславский М.М. Международное частное право. М.: Юрист, 2004.

Васильев Е.А. Практикум про гражданскому и торговому праву зарубежных государств. М: Международные отношения, 2005.

Вербицкий А.А. Компетентностный подход и теория контекстного обучения. – М.: Исследовательский центр проблем качества подготовки специалистов, 2004.

Комаров А.С. (под редакцией) Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М.: Дека, 2001.

Костин А.А. Правовое регулирование внешнеэкономических связей // Учебник по публичному и гражданскому праву в двух томах. Том II. Частное право. М.: Статут, 2008.

Марышева Н.И. Международное частное право. М.: Юрист, 2004.

Gridel J-P. La dissertation, Le cas pratique et la Consultation en droit privé. P., 2000.

Jacquet J-M, Délebeque Ph., Corneloup S. Droit du commerce international. P., 2007.

Mendegris R., Vermelle G. Le commentaire d'arrêt en droit privé. P., 2004.

Mouralis J-L. Le Cas pratique en droit civil. P., 2000.

French Concept of International Commercial Law (Summary)

Natalia P. Homyakova[*]

This article presents the French conception of the international commercial law, through the analysis of the manual of the same name widely used in France. Thus, the following number of problems are briefly examined in this article: the subject of the international commercial law, its sources, purposes and "actors" – the 1st chapter; transactions of the international commercial law – the 2nd chapter; dispute settlements (jurisdiction, arbitration) – the 3rd chapter. The conclusion is devoted to the "context-method" teaching recommended by the author to master professional communication.

Keywords: international commercial law; disputes settlement; "contexte-methode" teaching.

[*] Natalia P. Homyakova – Ph.D., assistant professor of the Department of French language No.1, MGIMO-University MFA Russia. homyakova@rambler.ru.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЕ ПРАВО

Международное инвестиционное право: доктринальные проблемы

Фархутдинов И.З.[*]

Сегодня концепция о международном инвестиционном праве (МИП), как самостоятельной подотрасли международного экономического права, считается общепринятой. Формирование международного и национального регулирования иностранных инвестиций исторически продолжалось параллельно как два взаимообусловленных процесса. Двухуровневый метод регулирования иностранной инвестиционной деятельности, основанный на приоритетном применении норм международных договоров, предусматривает сочетание международного и национального регулирования. По мнению автора исследование доктринальных основ международного инвестиционного права будет способствовать совершенствованию инвестиционного законодательства, призванного как поощрять приток иностранного капитала, так и обезопасить национальный рынок от его возможного отрицательного влияния.

Ключевые слова: международное инвестиционное право; иностранные инвестиции; частный инвестор; ИКСИД; недискриминационные меры; разумное вмешательство в инвестиционный проект; «Сахалин-2».

[*] Фархутдинов Инсур Забирович – д.ю.н., ведущий научный сотрудник сектора международно-правовых исследований Института государства и права РАН. insur_il@rambler.ru.

1. История изучения темы

Сегодняшний уровень развития международного инвестиционного права настоятельно требует научно-теоретического переосмысления накопленного за многие десятилетия эмпирического и доктринального материала в данной сфере. Самостоятельность международного инвестиционного права как совокупности принципов, норм и правил, регулирующих иностранную инвестиционную деятельность на территории принимающего государства, впервые была обоснована А.Г. Богатыревым[1] еще в начале 90-х годов прошлого века. Но прошло еще почти десяток лет, прежде чем эта концепция начала находить более или менее общую поддержку. Количество норм и институтов, непосредственно относящихся к этой области, стало достаточно значительным, считает Г.К. Дмитриева[2], и это позволяет говорить о международном инвестиционном праве как о самостоятельной подотрасли международного (публичного) экономического права. Такой же позиции придерживается В.М. Шумилов[3].

Г.М. Вельяминов рассматривает международное инвестиционное право (МИП) в последней своей книге уже не в рамках торгового права, а как часть имущественного права в системе международного экономического права (МЭП)[4].

Не отрицает в принципе существование международного инвестиционного права С.В. Бахин[5].

Касаясь истории изучения темы, можно также отметить, что международному инвестиционному праву как самостоятельной правовой отрасли посвятил свои труды автор этих строк[6].

---

[1] Богатырев А.Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 52–56.

[2] Лукашук И.И.Международное право. Гл. X написана совместно с Г.К. Дмитриевой. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 247.

[3] Шумилов В.М. Международное финансовое право. М.: Международные отношения, 2005. С. 292.

[4] Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 355–381.

[5] Бахин С.В. Инвестиционное право и инвестиционная политика // Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой / Под общ. ред. М. Богуславского, А. Трунка. На нем., англ., рус. яз. Osfeuropafrschung. Band 47. BWV. 2006. С. 25–35.

[6] Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право. Теория и практика применения. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 47–85; Фархутдинов И.З.,Трапезников В.А. Инвестиционное право. М.: Волтерс Клувер, 2006; Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право:вчера, сегодня, завтра // Международное публичное и частное

Что касается западной специальной литературы, то об обособленном характере международно-правового регулирования иностранных инвестиций утверждается в монографии М. Сорнораджа «Международное право иностранных инвестиций»[7]. Если говорить о последнем времени, то о широком признании МИП свидетельствуют основополагающие научные статьи, включенные в сборник статей на трех языках (нем., англ., руск.) в честь известного немецкого профессора В. Зайферта под общей редакцией профессоров М. Богуславского, А. Трунка из Института восточно–европейского права Кильского университета, Германия[8].

Говоря о точке зрения Г.М. Вельяминова, хочется отметить, что МИП не может рассматриваться как часть имущественного права в системе МЭП. Во-первых, такой подход явно недооценивает ведущую роль иностранных инвестиций в дальнейшем развитии современных международных экономических отношений. Во-вторых, имущественный характер международных инвестиционных отношений сам по себе не является достаточным основанием для того, чтобы обозначить МИП как подраздел международного имущественного права в системе МЭП. Международно-нормативная база иностранных инвестиций настолько широка, что трудно, на наш взгляд, поместить МИП в рамки имущественного права, являющегося подотраслью МЭП.

Таким образом, концепция о международном инвестиционном праве как самостоятельной подотрасли международного экономического права сегодня считается в отечественной науке общепринятой. Хотя справедливости ради следует сказать, что роль и место международного инвестиционного права не нашли пока в полном объеме, с точки зрения теории общего права, завершенного нормативно-правового закрепления. На этой основе, например, не признает выделение международного инвестиционного характера Д.К. Лабин[9].

Свою позицию в этом вопросе не выразили такие признанные специалисты в сфере правового регулирования иностранных инвестиций, как, например, Н.Н. Вознесенская, М.М. Богуславский. В.В. Силкин

право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Галенской Л.Н. СПб, 2008 и др.

[7] Sornarajah M. International Law on Foreign Investment. Cambrige.1994.

[8] Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой. Берлин, 2006. 543 с.

[9] Лабин Д.К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М.: Волтерс Клувер, 2008.

также отрицает самостоятельность инвестиционного права[10]. Наверняка точка зрения последних объясняется тем обстоятельством, что их научные интересы лежат в плоскости международного частного права. Тогда как правовая регламентация зарубежного инвестирования, осуществляемая на основе межгосударственного сотрудничества, находится в орбите международного публичного права. Но тем не менее Н.Г. Доронина, признанный специалист в сфере МЧП, в одной из своих последних книг обозначила один из ее подразделов как «Международное инвестиционное право (источники)»[11].

Однако, тем не менее, признавая самостоятельность МИП, говорить о формировании глобального инвестиционного права, действующего по универсальным юридическим принципам и нормам, пока рано[12].

2. Эволюция МИП

Чтобы лучше понять доктринальные особенности формирования международного инвестиционного права, необходимо хотя бы вкратце ретроспективно взглянуть на эволюцию зарубежного инвестирования. Современное международное инвестиционное право исторически начало возникать в форме правового статуса иностранцев в международном обычном праве, который уже в XIX в. начал юридически закрепляться в конвенциях о поселении. Международное право с момента своего возникновения обязывало уважать основополагающие права иностранцев в стране пребывания. Его первый принцип требует от принимающего государства справедливого и равного режима собственности иностранцев, а второй – защищает последних от произвольных форм принудительного изъятия собственности.

Историческая реальность была таковой, что правовое положение иностранцев всегда было ущемленным по сравнению со статусом национальных хозяйствующих субъектов. Поэтому уже на раннем этапе международно-правовые основы инвестиционных отношений начали формироваться на базе норм и правил обычного международного права. В этом смысле МИП стало результатом действия двух факторов: норм обычая и конвенционных норм.

---

[10] Силкин В.В. Прямые иностранные инвестиции в России. Правовые формы привлечения и защиты. М., 2003. С. 35–36.

[11] Доронина Н.Г. Государство и регулирование инвестиций. М.: Городец, 2003. С. 76.

[12] См.: Фархутдинов И.З. Глобальное или международное право…// Российский юрист-международник. 2004. № 4.

В течение всех предыдущих этапов государства на двусторонней договорной основе шаг за шагом приближались к наиболее оптимальным формам и методам международно-правового регулирования иностранных инвестиций. Конвенции о поселении и двусторонние договоры о дружбе, свободной торговле и мореплавании, практикуемые в XIX и XX вв., создавали постепенно фундаментальные правовые основы инвестирования за рубежом.

Изучение теоретических проблем генезиса и поэтапного развития международно-правовых инвестиционных отношений помогает лучше разобраться в сложных проблемах правового обеспечения доступа и защиты зарубежных капиталовложений на современном этапе. Принципиально важным доктринальным подходом является то, что формирование международного и национального механизмов правового регулирования иностранных инвестиций уже исторически происходило параллельно как два неразрывно взаимосвязанных и взаимообусловленных процесса.

При этом возникает вполне естественный вопрос: что же является первичным – международные или национальные методы регулирования иностранных инвестиций? Используя ретроспективный метод изучения правового обеспечения зарубежного инвестирования, можно сделать вывод о том, что, в отличие от других сфер экономической деятельности, в сфере иностранных инвестиций формирование международно-правовых норм предшествует созданию национально-правовых норм. Дело в том, что иностранные инвестиции, осуществляясь на заре своей истории на территории чужого государства, объективно нуждались в защите международно-правовыми средствами, инициируемой странами-экспортерами.

В противовес последним в начале XX в. укоренилась доктрина латиноамериканских юристов (доктрина Кальво), которая в принципе не выступает против норм, присущих международному стандарту в отношении иностранной собственности. Но согласно этой доктрине изложенные выше принципы имеют не международно-правовую, а национально-правовую природу, поэтому все споры должны решаться национальными судами и в соответствии с внутренним законодательством. Некоторые латиноамериканские государства до сих пор продолжают строить свою инвестиционную политику на основании данной доктрины.

В 70-е годы XX в. наблюдалась вспышка весьма решительной критики многонациональных компаний, а также традиционных западных

концепций защиты инвестиций в рамках международного права. Острие критики было направлено против транснациональных корпораций (ТНК) как таковых, но за рамками обсуждения не остались вопросы о том, какие нормы и методы на многосторонней основе должны применять государства для регулирования иностранных инвестиций. В ответ на это развитые западные государства приступили к активному заключению двусторонних соглашений о взаимном поощрении и защите капиталовложений, т.е. так называемых двусторонних инвестиционных договоров (ДИД). Тогда и наступил процесс рационализации экономического поведения развивающихся государств. Они начали активнее откликаться на заключение ДИД, а также стали принимать на национальном уровне специальные законы об иностранных инвестициях.

Таким образом, с точки зрения теории общего международного права конвенционное развитие МИП фактически сформировалось только в 70-е годы XX в., когда происходила масштабная практика заключения двусторонних инвестиционных договоров. И сегодня международное инвестиционное право продолжает в значительной степени оставаться совокупностью юридических источников договорного и недоговорного характера. По мере эволюции МИП соотношение между ними менялось, причем этот процесс происходил довольно зигзагообразно. Но постепенно конвенционные нормы стали цементирующей основой международно-правового режима иностранных инвестиций.

3. Юридическая природа МИП

Выделение обособленного международного инвестиционного права основано на наличии критериев, которые общепринятыюридической теорией и практикой при разработке новых отраслей, подотраслей и институтов[13]. Исходя из этого можно заключить, что международное инвестиционное право представляет комплекс принципов, норм и правил договорного и недоговорного характера, регулирующих иностранную инвестиционную деятельность на территории принимающего государства.

Предметом МИП являются международные межгосударственные отношения в области всестороннего комплексного обеспечения иностранной инвестиционной деятельности на территории принимающей страны.

---

[13] Богатырев А.Г. Инвестиционное право. С. 52–56; Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право… С. 45–49.

Международное инвестиционное право, будучи правовой основой для участников инвестиционной деятельности, регулирует иностранные инвестиционные отношения, содействуя их изменению в соответствии с новыми условиями, и способствует совершенствованию форм и методов обеспечения правовой защиты иностранных инвестиций публично-правовыми методами регулирования, в которых нуждаются не только государства, но и юридические и физические лица (инвесторы). Международное инвестиционное право с точки зрения международного права обладает публичным характером, его нормы создаются на основе добровольного согласования воль государств, а регулируемые им отношения носят властный характер[14].

Но основной фигурой этого рода правоотношений является частный инвестор, выступающий в абсолютном большинстве случаев в качестве частноправового лица. Иностранных инвесторов, в качестве которых, как правило, выступают юридические и физические лица зарубежных государств, следует охарактеризовать как участников, находящихся под юрисдикцией других государств, т.е. речь здесь идет об особой категории смешанных международных отношений государственного-негосударственного характера.

Как уже отмечалось, юридическая природа иностранных инвестиционных отношений такова, что они нуждаются в особом двухуровневом правовом регулировании. Иностранные инвестиции, имея частноправовой характер, нуждаются одновременно как в национально-правовом, так и в международно-правовом регулировании. Данная концепция, впервые разработанная А.Г. Богатыревым[15], правильно отражает суть правовой регламентации иностранных инвестиций. Двухуровневый метод регулирования иностранной инвестиционной деятельности, основанный на приоритетном применении норм международных договоров в силу ст. 15 п. 4 Конституции РФ, предусматривает, как отмечает М.М. Богуславский, сочетание международно-правового и внутреннего (национального) регулирования[16].

Международное инвестиционное право направлено на создание благоприятных условий и надежных законодательных гарантий инвесторам-собственникам, а также обеспечение соответствующих

---

[14] См.: Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3. С. 115–123.
[15] Богатырев А.Г. Указ. соч. С. 35.
[16] Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004. С. 230.

организационно-правовых форм зарубежного инвестирования. В первую очередь в национальном праве, то есть в специальном инвестиционном законодательстве, а также в нормативно-правовых актах общего характера (гражданское, финансовое, налоговое, банковское, таможенное законодательство и т.д.), закреплены внутренние нормы, определяющие правовые формы регулирования иностранных инвестиций. Но одной национальной нормативной базы недостаточно, обращение к международным договорам является не только желательным, но и строго обязательным в силу одного из основных принципов международного права: – договоры должны соблюдаться (pacta sunt servanta).

С точки зрения общей теории права принципы и нормы международного инвестиционного права юридически скрепляют нормативно-правовую систему МИП. Система МИП охватывает различные институты, принципы, нормы и правила в сфере правового регулирования иностранных инвестиций. В этой системе следует выделить, на мой взгляд, следующие в большей или меньшой степени обособленные подразделения: институт правовых гарантий иностранных инвестиций, институт принудительного изъятия иностранных инвестиций, институт страхования иностранных инвестиций, институт избежания двойного налогообложения, институт международного арбитражного права иностранных инвестиций. Но при этом особо подчеркнем, что некоторые вышеназванные институты переживают свое становление, и то только свой начальный этап. Например, можно ставить вопрос о постепенном формировании института разумного государственного вмешательства в международный инвестиционный проект, на чем остановимся ниже.

Основной массив источников МИП составляют двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений, или инвестиционные договоры[17]. Основная цель ДИД заключается в том, чтобы с помощью правовых средств обеспечить в условиях социально-экономического кризиса относительную стабильность воспроизводства и свободу движения капиталов и особенно обеспечить приток иностранных инвестиций в развивающиеся государства, обезопасив их в первую очередь от так называемых некоммерческих (политических) рисков. Общепринято считать, что они создают надежный дополнительный механизм правового регулирования иностранных инвестиций.

К числу важных источников относятся также двусторонние соглашения об избежании двойного налогообложения, в соответствующем

[17] Россия заключила около 50 ДИД.

порядке регулирующие отношения, связанные с иностранной инвестиционной деятельностью.

Фундаментальными источниками МИП являются два многосторонних договора: Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами, юридическими и физическими лицами других государств 1965 г., учредившая Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС, или ИКСИД – ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes); Сеульская конвенция об учреждении Международного агентства по гарантиям инвестиций (МАГИ, или МИГА – MIGA, Multilateral Investment Guarantee Agency) 1985 г.

Продвинутые нормы, закрепленные в инвестиционных положениях Договора к Европейской энергетической хартии (ДЭХ) 1994 г. также имеют важное, в том числе источниковедческое, значение для всей системы МИП.

Новеллой стали правовые нормы, заложенные в Соглашения, действующие в рамках ГАТТ/ВТО: Соглашение по инвестиционным мерам, связанным с торговлей (ТРИМС), регулирующее законотворчество государств-членов в части установления режима внешнеэкономических связей предприятий с иностранными инвестициями; Генеральное Соглашение по торговле услугами (ГАТС), определяющее режим инвестиций, осуществляемых в форме финансовых услуг; Соглашение по торговым аспектам охраны прав интеллектуальной ответственности (ТРИПС), под влиянием которого находятся инвестиции, осуществляемые в форме интеллектуальной собственности. Все эти три Соглашения, являющиеся составными неотъемлемыми частями системы ГАТТ/ВТО, так или иначе могут также выступать источниками правового регулирования иностранных инвестиций на территории государств-участников. Они требуют серьезного изучения в связи с предстоящим вступлением России в ВТО.

В числе источников МИП можно назвать ряд международных региональных договоров в рамках СНГ, Европейского союза, Андского пакта, АСЕАН, НАФТА и др.

Специфика источников МИП выражается в гармоничном сочетании и взаимодействии конвенционных норм с нормами «мягкого права» (soft law), которые имеют недоговорной характер. К последним относится, например, Декларация ООН об установлении нового международного экономического порядка(НМЭП) 1974 г. Неконвенционными

источниками международного инвестиционного права выступают: Руководство для многонациональных предприятий, принятое в рамках ОЭСР 27 июня 2000 г. на признании того, что деятельность ТНК находится в сфере действия внутригосударственного права; Кодекс движения капиталов и Кодекс текущих операций ОЭСР 1992 г.; Руководство по режиму иностранных инвестиций Мирового банка 1992 г. и др.

Определенную роль для унификации юридических понятий в исследуемой сфере имеют и другие документы ОЭСР, играющие факультативную роль в МИП: Национальный режим для предприятий, контролируемых иностранцами 1993 г., Процедуры контроля за слиянием и поглощением компаний 1994 г., Принципы корпоративного управления 1999 г. Эти и другие международно-правовые документы неконвенционного характера, кодифицирующие нормы обычая, не имеют юридической силы как таковой, но они оказывают значительное влияние по мере своих возможностей на дальнейшее развитие МИП. В частности, они использовались при разработке модельных двусторонних соглашений о взаимной защите капиталовложений, проекта Многостороннего инвестиционного соглашения МИС, инвестиционных положений ДЭХ.

Международно-правовой анализ международных двусторонних, региональных и многосторонних договоров, регулирующих иностранные инвестиции, показывает, что они направлены на консолидацию системы международного инвестиционного права. Договорные источники МИП, имплементируясь в национальную правовую систему, юридически закрепляют принципы, нормы и правила, которые определяют правовой режим иностранных инвестиций с момента их запуска и учреждения до момента их ликвидации.

Субъектами МИП выступают, с одной стороны, государства, межгосударственные организации (ИКСИД, МИГА и др.). Что касается ключевой фигуры в исследуемой сфере, т.е. самого иностранного инвестора, в качестве которого выступают прежде всего транснациональные корпорации, другие юридические лица, иностранные граждане, то они, вступая в данные правоотношения, включаются в орбиту МИП в качестве его участников (дестинаторов). Другими словами, речь идет об особой категории смешанных международных отношений государственного-негосударственного характера, в круг которых вовлекаются государства-реципиенты и государства, откуда поступают иностранные инвестиции, а также инвесторы в лице опять же самих государств.

Правовое регулирование иностранных инвестиций, происходящее на двух уровнях – национальном и международном, наглядно свидетельствует об объективной взаимообусловленности и взаимозависимости этих двух самостоятельных правовых механизмов. Поэтому проблема соотношения и взаимодействия международного права и национального права представляет одну из наиболее важных и сложных проблем в сфере МИП. Дальнейшая эволюция международного инвестиционного права, углубление его взаимодействия с внутригосударственным правом органично обусловлены всесторонней интернационализацией национальных правовых систем. Поэтому важнейшим теоретическим посылом является положение о том, что эффективное осуществление международным инвестиционным правом своих функций невозможно представить без гармоничного взаимодействия с национальным правом.

4. МИП на защите экономического суверенитета

Перед теорией и практикой международного инвестиционного права во весь рост встают проблемы защиты публичных интересов и обеспечения приоритета общества в целом, его безопасности и стабильности. Все это невозможно обеспечить без усиления экономического суверенитета государства. Сбалансированная государственная инвестиционная политика требует, чтобы в ее недрах разумно переплетались общественные и частные интересы инвесторов. Выразителем этого баланса интересов должно стать именно государство. При этом оно в ряде случаев может осуществлять, по определению С.В. Бахина, «ситуативное регулирование»[18].

В России, как и в других странах СНГ, возрождение реального сектора экономики может быть достигнуто только за счет массивного, сбалансированного привлечения национальных и иностранных инвестиций, разумного сочетания «прихотливо переплетающихся общественных и частных интересов», что невозможно без продуманной, целенаправленной государственной инвестиционной политики. Вопрос в том, чтобы «держать процесс движения капитала под контролем, направляя его туда, где он необходим в общественных интересах, и на тех условиях, которые конкретное государство в данный момент готово ему предоставить (публичный интерес)».[19]

---

[18] Бахин С.В. Инвестиционное право и инвестиционная политика. С. 29.

[19] Там же.С..30

Между тем в условиях становления российского инвестиционного законодательства в 90-е годы прошлого века, активного заключения так называемых международных инвестиционных контрактов (типичным примером этого стало соглашение о разделе продукции (СРП) «Сахалин-2») был взят некоторый крен в сторону односторонних гарантий зарубежным предпринимателям на территории нашей страны. В какой-то мере это не могло не отразиться и на отдельных направлениях реформируемой тогда отечественной правовой науки. Между тем благоразумное правовое обеспечение иностранной инвестиционной деятельности требует сбалансированного подхода, то есть адекватного учета интересов как иностранного инвестора, так и публичных (общественных) интересов.

Теория и практика МИП должны трезво оценивать ситуацию в сфере международных инвестиционных отношений, которая усугубляется деятельностью десятков тысяч транснациональных корпораций, международных финансовых организаций, которые образовали своего рода надстройку, контролирующую значительную часть мировых ресурсов. Это ограничивает вольно или невольно осуществление экономического суверенитета государств и делит мир на «бедный Юг» и «богатый Север»[20]. Серьезные правовые проблемы создает также вхождение России в ВТО.

При этом государство, как основной субъект международного права, и международное право, как универсальный регулятор правоотношений прежде всего межгосударственного характера, находятся, как образно выразился И.И. Лукашук, в буквальном смысле под прицельным огнем глобализации. Это непосредственно сказывается на характере и функциях государства и права как таковых: права и внутригосударственного, и международного[21].

В общем, получается, что иностранные инвестиции, которые выступают важнейшим катализатором глобализации, не только предоставляют благоприятные социально-экономические возможности для принимающего государства, но и таят некоторую угрозу его экономическому суверенитету, что может объективно вызвать ослабление регулирующих функций государства. Очевидно, что при свободной цирку-

---

[20] Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 23–24.

[21] Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3. С. 117–118.

ляции иностранных инвестиций по всему миру не каждое государство в состоянии как следует защищать национальные интересы.

Иностранные инвестиции могут исчезнуть из страны столь же быстро, как и появились, оставив тяжелые последствия для национальной экономики. В принципе это свободный, ничем не связанный капитал. Думается, есть основания допускать, что в этом смысле масштабный, несбалансированный приток иностранного капитала в экономику того или иного государства объективно в той или иной мере как бы «подтачивает» экономический суверенитет страны. Проблема еще более обостряется, когда в результате глубоко эшелонированной политики западных компаний по слиянию и поглощению ведущих национальных предприятий происходит, как отмечает Н.Н. Вознесенская, не только потеря целых отраслей, но и утрата всего технологического потенциала и даже национального суверенитета[22].

В качестве новых тенденций правового обеспечения международных инвестиционных отношений можно назвать не только проблемы независимости (суверенитета), но и одновременно взаимозависимости государств. Такая постановка вопроса позволяет более контурно обозначить этот взаимообусловленный, взаимопроникающий интеграционный процесс. С одной стороны, государства в силу собственного экономического суверенитета вольны устанавливать свою, скажем, инвестиционную политику, исходя из национальных интересов. С другой – государство, находясь во взаимосвязанном мире, не может вести ту же инвестиционную политику таким образом, чтобы она противоречила общеобязательным нормам и правилам международного инвестиционного права. В условиях глобализации эти два понятия – независимость и зависимость государств – нельзя рассматривать в отрыве друг от друга. Только рассматривая их в контексте друг с другом, можно понять современную природу международных экономических отношений.

На основе вышеизложенного следует заключить, что открытость и прозрачность национальных экономик вызвали принципиальные изменения в межгосударственном инвестиционном сотрудничестве. Важнейшим условием гармоничного развития международного права, кстати, усилиями самих государств, в условиях мощного трансграничного движения капиталов является его тесное соприкосновение и взаимодействие с национальным правом, взаимопроникновение

[22] Вознесенская Н.Н. Процесс глобализации экономики и иностранные инвестиции (правовые аспекты) // Государство и право. 2006. № 5. С. 67.

и взаимообусловленность публично-правовых и частноправовых начал. Причем этот юридический процесс носит характер не одностороннего, а двустороннего движения. Постановка вопроса о постепенном стирании границ между этими двумя самостоятельными правовыми системами и взаимопоглощении друг друга является с методологической точки зрения неверной. У каждой из этих правовых систем своя юридическая природа, границы своей компетенции, свой предмет, формы и методы регулирования, что лишний раз подтверждает исследование проблем правового регулирования иностранных инвестиций, в том числе связанных с их влиянием на экономический суверенитет.

Таким образом, свободная циркуляция капиталов должна осуществляться на недискриминационной основе, в соответствии с основными принципами и нормами международного права, главное – не в ущерб экономически слабым государствам. Каждое государство на добровольной основе должно получить для своих юридических и физических лиц равноправный режим, который был закреплен вчера в Генеральном соглашении по торговле и тарифам (ГАТТ), сегодня – в ВТО. Каждая страна, особо еще раз подчеркнем, имеет право исходить при этом из своих национальных интересов.

По мере усложнения международных экономических отношений роль государства не уменьшается, а наоборот, повышается. Современная мировая экономика требует от государств более сильной мобилизации своих внутренних экономических сил и ресурсов. Мировому сообществу добиться успеха можно только путем взаимных уступок со стороны развитых и развивающихся стран, в том числе и при создании универсального международного-правового режима иностранных инвестиций.

5. Разумное государственное вмешательство и МИП

В западной юридической доктрине постепенно утверждается точка зрения, признающая правомерными меры разумного государственного вмешательства в инвестиционную деятельность. При этом особо примечательным является то, что данная доктрина нашла конкретное подтверждение в международной арбитражной практике. Что касается отечественной правовой теории, то впервые данную тематику начал разрабатывать автор данных строк [23].

[23] См.: Фархутдинов И.З. Меры разумного государственного вмешательства в международный инвестиционный проект // Выступление на публичных слушаниях ИЗСП.

Доктринальная идея о том, что недискриминационные меры государства, направленные на защиту окружающей среды, интересов потребителей, регулирование рынка ценных бумаг, планирование развития земель, а также меры антимонопольного характера, следует рассматривать в качестве необходимых для эффективного функционирования государства, впервые была высказана М. Сорнараджа[24]. Впоследствии эту концепцию поддержал другой классик западного международного права Я. Броунли, говоря о том, что иностранная собственность, включая право на ее использование, может быть подвергнута дополнительному налогообложению, торговым ограничениям, включающим лицензии и квоты, или мерам по девальвации. Известный ученый считает, что меры государственного ограничения права на собственность в некоторых случаях не могут быть оценены как неправомерные[25].

Такая концепция нашла поддержку также в некоторых международно-правовых актах и документах, например в разделе IV (1) Руководства Всемирного банка по режиму прямых иностранных инвестиций от 1992 г., называющемся «Экспроприация и одностороннее изменение или прекращение контрактов»[26], в ст. 13 Договора к Энергетической хартии (ДЭХ)[27] 1994 г.

Аналогичное содержание находим и в проекте Конвенции Организации экономического сотрудничества (ОЭСР) о защите иностранной собственности 1967 г. Статья 3 в принципе признает право государства в силу суверенного равенства прав правомерные методы дополнительного государственного регулирования («при преследовании политических, социальных или экономических целей»).

Кстати, в своем экспертном заключении[28] для Рабочей группы Совета Федерации РФ по ситуации вокруг «Сахалина-2» автор данных

Октябрь. 2007. «Иностранные инвестиции и МЧП»; Он же. Иностранные инвестиции: вызов экономическому суверенитету // МЖМП. № 3. 2008; Он же. Международно-правовые ориентиры зарубежного инвестирования // Право и экономика. № 5. 2008; Он же. Экономический суверенитет государства в условиях глобализации // Право и безопасность. 2008. № 3.

[24] Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. London, 1994. at. 283.

[25] Brownlie J. Public International Law. 6 th Edition. 2003. at. 509.

[26] Русский текст размещен в кн.: Доронина Н.Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. М.: Юстицинформ, 2002. С. 63–74.

[27] Россия участвует на временной основе.

[28] Автор этих строк являлся экспертом Рабочей группы Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по изучению ситуации вокруг проекта СРП «Сахалин-2», действовавшей в 2006–2007 гг.

строк доказывал в принципе возможность разумного государственного вмешательства в данный международный инвестиционный проект, в первую очередь по серьезным экологическим нарушениям. Хотя, между прочим, и оснований другого характера тоже было более чем достаточно.

То, что, например, данное СРП было заключено вопреки не только экономическим интересам России, но и здравому смыслу, видно, как говорится, невооруженным взглядом. Например, в соглашении предусматривается возможность продления срока действия лицензий на право пользования недрами на 10 лет неограниченное число раз (!). При этом в случае выполнения компанией своих обязательств по соглашению Российская Федерация не вправе отказать инвестору в подобном продлении.

Задача МИП – сделать доктринальное заключение, исходя из того, что международная судебно-арбитражная практика иногда не считает недискриминационные действия по дополнительному регулированию инвестиционной деятельности, осуществляемой государством в целях защиты благосостояния общества, здоровья населения, национальной безопасности, окружающей среды, косвенной экспроприацией. Стало быть, в данном случае не требуется компенсации.

Главный критерий признания принудительным изъятием со стороны государства – это сведение финансово-материальных затрат инвестора на нет. Другими словами, принудительными мерами изъятия иностранной собственности считаются только те, которые существенно задевают имущественные права инвестора. Остальные действия исполнительных органов признаются мерами разумного государственного вмешательства, но при этом обязательным условием считается соразмерность действий государственных органов при выполнении своих функций. Тут многое зависит от того, насколько правомерно действовало правительство, защищая, например, здоровье и безопасность своих граждан, окружающую среду, целостность рынка и социальную политику. В ходе вышеназванных мероприятий лишение собственности было чем-то случайным, неизбежным или эти меры носили неадекватный характер – вот в чем заключается проблема.

Сложность заключается в том, что трудно провести грань между косвенным отчуждением (ползучей экспроприацией) и разумными мерами государственного регулирования: за последними международное право не требует компенсации.

Но тем не менее изучение международной арбитражной практики показывает, что существуют определенные критерии; каковыми являются степень вмешательства в право собственности; характер правоприменительных мер, т.е. цель и обстоятельства правительственной меры; коллизия меры с разумными ожиданиями, связанными с инвестициями. Это требует от судов и арбитражей проведения в каждом конкретном случае полного исследования и тщательного анализа конкретных положений инвестиционного контракта, фактов их нарушения.

В первом деле по Договору к Энергетической хартии, Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm v. The Republic of Latvia, истец утверждал, что невыплата двойных тарифов являлась косвенной экспроприацией, так как утверждалось, что это привело к существенной потере дохода от продаж, что делало предприятие экономически невыгодным, а инвестиции – ничего не стоящими. Арбитраж решил, что:

«…изъятия, осуществляемые в процессе государственного регулирования», могут при определенных обстоятельствах являться экспроприацией или быть эквивалентными экспроприации. Решающим фактором для проведения разграничительной линии относительно экспроприации должна быть в первую очередь степень изъятия собственности или контроля над предприятием, которая предусматривается оспариваемой мерой. В настоящем деле нет изъятия владения или его имущества, нет нарушения прав акционера или контроля над управлением предприятием, отличающихся от обычных положений в области государственного регулирования, заложенных в положениях о лицензировании продукции, в договорах об отчислениях и т.п.»[29].

Следует признать, что международная арбитражная практика серьезно обогатила доктрину МИП, признав разумные меры государственного вмешательства в инвестиционный проект. В случае, когда действия такого рода не снижали существенно или не сводили полностью к нулю экономическую стоимость собственности, есть реальные шансы, что арбитражные суды не вынесут решение о компенсации. Государственное вмешательство должно быть неадекватным к сложившейся ситуации, только в таком случае международный арбитраж признает его косвенной экспроприацией, требующей компенсации. То есть речь

[29] Цит. по: Яннака Смол К. Косвенная экспроприация и право на регулирование в международном инвестиционном праве // В кн.: Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой / Под. общ. ред. М. Богуславского, А. Трунка. С. 94.

идет о ситуации, когда государство лишает инвестора основных прав на собственность, существенно уменьшает экономические права инвестора во владении, пользовании, распоряжении или управлении инвестиционным проектом. В этом случае меры государственного вмешательства не могут считаться разумными, что не может не вызвать соответствующие отрицательные правовые последствия для государства. Отсутствие какой-либо аналогичной правоприменительной практики на территории России в исследуемой сфере не позволяет пока переводить зарубежный опыт на отечественную почву.

Исследование доктринальных основ международного инвестиционного права, уверен, будет способствовать совершенствованию инвестиционного законодательства, призванного как поощрять приток иностранного капитала, так и обезопасить национальный рынок от его возможного отрицательного влияния. Опыт, накопленный теорией и практикой международного инвестиционного права, также может быть весьма полезным для доктринального развития самого международного права.

Библиографический список

Бахин С.В.Инвестиционное право и инвестиционная политика // Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой. Под общей ред. М. Богусловского, А. Трунка. На нем., англ. рус. яз.. Osfeuropafrschung. Band 47. BWV. 2006.

Богатырев А.Г.Инвестиционное право. М., 1992.

Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2004.

Вознесенская Н.Н. Процесс глобализации экономики и иностранные инвестиции (правовые аспекты) // Государство и право.2006. № 5.

Шумилов В.М. Международное финансовое право. Международные отношения. М., 2005.

Вельяминов Г.М.Международное экономическое право и процесс. Академический курс. М., 2004. Волтерс Клувер.

Лабин Д.К.Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М., Волтерс Клувер.2008.

Лукашук И.И.Международное право. Общая часть. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер. 2005.

Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. М., Волтерс Клувер. 2005.

Фархутдинов И.З., Трапезников В.А. Инвестиционное право. М., Волтерс Клувер. 2006.

Фархутдинов И.З.Глобальное или международное право …// Российский юрист –международник. 2004. № 4.

Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции :вызов экономическому суверенитету // МЖМП. № 3. 2008.

Фархутдинов И.З. Международно-правовые ориентиры зарубежного инвестирования//Право и экономика. № 5. 2008.

Фархутдинов И.З.. Экономический суверенитет государства в условиях глобализации//Право и безопасность. № 3. 2008.

Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: вчера, сегодня, завтра//Международное публичное и частное право:проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Галенской Л.Н. СПб. 2008.

Яннака Смол К. Косвенная экспроприация и право на регулирование в международном инвестиционном праве. // В кн.: Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой. Под. общ. ред. М. Богуславского, А. Трунка.

Brownlie J. Public International Law. 6th Edition. 2003.

Sornarajah M. International Law on Foreign Investment. Cambridge. 1994.

International Investment Law: Doctrinal Problems
(Summary)

Insur Z. Farhutdinov[*]

At present time the conception that International Investment Law is a separate subdivision of International Economic Law is generally accepted. Historically formation of international and national regulation of foreign investments continued as two interrelation processes. The regulation of foreign investment activity on two levels based on priority implementation of norms of international treaty foresee of combination international and national regulation. In the opinion of author research doctrinal bases of International Investment Law will be promote improve of investment legislation to mission as far as encourage of foreign investments and protect national market of their possible negative influence.

Keywords: International Investment Law; foreign investments; private investor; ICSID; indiscrimination measures; reasonable interference in investment project; "Sakhalin-2".

[*] Insur Z. Farhutdinov – Doctor of Laws, leading researcher of the Department of International legal studies, the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences. insur_il@rambler.ru.

ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

Актуальные проблемы миграционной политики и права ЕС

Трыканова С.А.[*]

В условиях финансового кризиса важным аспектом обеспечения безопасности Европейского союза является формулирование новых подходов к миграционной политике и праву объединенной Европы. На современном этапе в ЕС можно выделить два уровня проблем в области миграционной политики и права. Во-первых, поиск путей оптимизации механизмов регуляции миграционных потоков во время чрезвычайного роста уровня безработицы. Второй важной проблемой миграционной политики ЕС является формулирование общей стратегии ЕС в сфере интеграции мигрантов в национальную среду. До настоящего времени в ЕС данный вопрос решается фрагментарно. Следует отметить, что на современном этапе назрела необходимость структурам ЕС, ответственным за принятие решения, сформулировать комплексный антикризисный подход в сфере миграционной политики и права.

Ключевые слова: миграционное право; миграционная политика; Европейский союз; миграционные потоки; трудовая миграция; интеграция мигрантов; нелегальная миграция; депортация; беженцы.

В условиях финансового кризиса важным аспектом обеспечения безопасности Европейского союза является формулирование новых подходов к миграционной политике и праву объединенной Европы.

[*] Трыканова Светлана Анатольевна – к.и.н., доцент кафедры теории и истории государства и права факультета юриспруденции и политологии Рязанского государственного университета имени С.А. Есенина; старший научный сотрудник центра Европейской политики и права РГУ имени С.А. Есенина. svetlana.trykanova@gmail.com..

На современном этапе в ЕС можно выделить два уровня проблем в области миграционной политики и права. Во-первых, поиск путей оптимизации механизмов регуляции миграционных потоков во время чрезвычайного роста уровня безработицы. На всей территории Европейского союза уровень безработицы среди мигрантов постоянно растет: в январе 2009 года этот показатель достиг 7,6%. Самый высокий уровень безработицы среди мигрантов в Испании – 14,8%, Словакия занимает второе место по данному показателю – 9,8%. В Чешской Республике уровень безработицы имеет более скромные размеры – 5%. Среди трудящихся-мигрантов, которые занимаются низкоквалифицированным трудом, уровень безработицы высок.

В сложившихся условиях ряд стран ЕС предприняли меры консервативного характера. Так, министр труда Испании Селестино Корпачо заявил, что является перспективным сокращение количества рабочих виз почти до нуля в 2009 году. Британский премьер-министр Гордон Браун также является сторонником сокращения квот на въезд в страну мигрантов по рабочей визе. Тем не менее некоторые страны решили не идти по консервативному пути. В Австрии ситуация с безработицей на современном этапе не лучше, однако здесь мнение о влиянии финансового кризиса на трудовую миграцию отличается от мнения других стран. Австрийские эксперты в области миграции утверждают, что международная миграция рабочей силы сокращается автоматически в плохих экономических условиях и в связи с этим нет необходимости в более жестких иммиграционных мерах.

В период роста уровня безработицы в ЕС во время глобального финансового кризиса некоторые государства-члены отреагировали на это снижением квот на въезд в страну трудовых мигрантов, в то время как другие стали реализовывать политику «добровольного возвращения мигрантов». До недавнего времени, такого рода программы были в основном направлены на нелегальных мигрантов. В Испании и Чешской Республике разработаны и начинают реализовываться программы «добровольного возвращения», ориентированные на мигрантов, которые имеют риск стать безработными или сталкиваются с ограниченными перспективами трудоустройства. В ноябре 2008 года Министерство труда Испании стало осуществлять программу, которая предусматривает оплату безработным мигрантам не входящих в ЕС стран их возвращение на родину. .16 февраля 2009 года Министерство внутренних дел Чешской Республики приступило к реализации программы добровольного возвращения.

Эта программа адресована 12 000 иностранцев, находящимся в настоящее время в пределах Чешской Республики. Министерство утверждает, что эта программа будет одним из механизмов профилактики мигрантов от вовлечения в криминальную деятельность в период финансового кризиса. Тем не менее среди европейских экспертов нет уверенности, что данные программы эффективны в условиях финансового кризиса.

Следует отметить, что Международная организация по миграции призывает страны в период финансового кризиса не предпринимать консервативных мер в области миграционной политики.

Не менее важной проблемой миграционной политики ЕС является формулирование общей стратегии ЕС в сфере интеграции мигрантов в национальную среду. До настоящего времени в ЕС данный вопрос решается фрагментарно. В 2003 г. Еврокомиссия представила Совету, Европарламенту, Комитету регионов, Экономическому и социальному комитету ЕС документ «О политике иммиграции, интеграции и занятости», где отмечается, что основные цели интеграционной политики стран Евросоюза по отношению к иммигрантам одни и те же: это использование возможностей для предоставления им оплачиваемой работы и развития их индивидуальной деятельности, а также создание условий для активного участия иммигрантов во всех сферах жизни принимающих стран http://www.m-economy.ru/art.php3?artid=21190 - ftn1[1].

Согласно данному документу, признается позитивным решением отдельных стран ЕС (Финляндии, Дании, Нидерландов, Германии, Австрии) разработка соответствующего законодательства с учетом местных условий и потребностей иммигрантов. Следует отметить, что национальные программы интеграции иммигрантов данных государств включают языковую подготовку, ознакомительные курсы, а также профессиональную подготовку для рынка труда, что продолжительность таких программ интеграции в странах ЕС 2–3 года, что ознакомительные курсы (например, в Германии) предоставляют иммигрантам информацию о правовой системе, культуре и истории страны. В Дании такие курсы являются составной частью языковой подготовки.

В марте 2004 года министр по вопросам иммиграции Голландии Рита Вердонк предложила, чтобы все иммигранты в этой стране прошли через курсы социальной интеграции и сдавали экзамены по их окончании. Ознакомительные программы – это инвестиции

[1] Catherine Barnard. “The substantive Law of the EU. The four Freedoms”. New-York. Oxford University Press. 2004.-P.156.

в будущее, к которому должны стремиться иммигранты и принимающее общество, стартовая площадка, позволяющая иммигрантам получать необходимые знания и навыки для самодостаточного развития. От этого выигрывает и принимающее общество, поскольку иммигранты способны внести определенный вклад в его развитие.

Ряд стран ЕС, хотя и не имеют соответствующего законодательства, но также принимают меры по адаптации иностранцев к условиям принимающей страны и по обеспечению равенства прав, ответственности и участия каждого иммигранта во всех сферах общественной жизни. Такова политика Швеции, Великобритании, Ирландии. Правда, что касается Ирландии, то в ней иммигранты должны предварительно получить приглашение, дающее право на трудоустройство (по крайней мере, так выглядела ситуация в 2003 г.).

В период 2001–2004 гг. Испания реализовывала «Глобальную программу интеграции», которая предусматривала меры по обеспечению прав иммигрантов в области медицины, образования, воссоединения семей, религиозной свободы, получения гражданства, работы, по борьбе с ксенофобией и расизмом и т.д. Португалии Верховная комиссия по иммиграции и этническим меньшинствам также осуществила ряд важных соответствующих мер, в том числе информационного характера. Правительство Люксембурга особое внимание уделяет программам интеграции детей иностранцев (доля которых в контингенте учащихся в школах достигает 38%) исходя из принципов совместного обучения, трилингвизма, равных возможностей.

В Австрии и Дании иммигрантов обязывают заключать «соглашения об интеграции» при условии успешного окончания соответствующих национальных курсов. Неудача на «выпускных экзаменах» может повлечь за собой отказ в продлении вида на жительство. Важным условием реализации политики такой интеграции является наличие местных и региональных органов, правомочных решать соответствующие проблемы. В Испании и Нидерландах, например, этими проблемами занимаются власти крупных городов. В Германии программы курсов интеграции определяют земельные власти, но их реализация возлагается и на публичные и частные организации. В Дании и Финляндии всю ответственность за разработку таких программ и подбор их исполнителей несут местные муниципалитеты[2]. В бельгийском Генте сущес-

[2] Martin P.L. and Taylor J.E. The Anatomy of a Migration Hump // J.E. Taylor (ed.) Development Strategy, Employment and Migration: Insights from Models. Paris: OECD. 2006.-P.24.

твует специальная муниципальная служба по вопросам интеграции, основанная городскими властями и фламандской общиной. С апреля 2004 года ею реализуется ознакомительная программа для всех категорий вновь прибывших иммигрантов, легальных мигрантов, признанных беженцев, жертв трафика и их детей. Программа предусматривает языковую подготовку (около 1200 часов на четырех уровнях), а также 75-часовой курс по практическим и административным вопросам. Преподавание ведется на турецком, арабском, французском, английском, русском, испанском, персидском, албанском, сомалийском и голландском языках.

Успех этой деятельности, естественно, во многом зависит от объема финансирования. По официальным данным в 2002 году на эти цели Германия на федеральном уровне выделила 169 млн евро, Италия (на всех уровнях власти) – 42 млн, Нидерланды – 265 млн, Швеция – 219 млн.

Разумеется, различия в экономической ситуации в разных странах ЕС предопределяют и различия в отношениях к иммигрантам. Для ряда из них особенно важен приток высококвалифицированной рабочей силы, для других – неквалифицированной. Многое зависит также от уровня безработицы в той или иной стране. Например, среди проживающих в Берлине мужчин-турок безработными являются свыше 40%. По отношению к безработным иммигрантам страны Евросоюза проводят либо общую, либо индивидуальную политику. Испанские программы, например, предусматривают поиск вакансий по всей стране. Нидерланды выдвинули в качестве специфических национальных целей снижение различий в уровнях безработицы среди мигрантов и голландцев. В Финляндии пытаются бороться с дискриминацией и изыскивают дополнительные ресурсы для профессиональной подготовки иммигрантов. Австрия ежегодно устанавливает квоты для высококвалифицированных специалистов и сезонных работников. Итальянские работодатели, нанимающие в пределах таких квот иммигрантов, обязаны обеспечить их работой, жильем и покрыть транспортные расходы. В некоторых странах при реализации таких мер на рынке труда участвуют социальные партнеры.

Иммигранты, как правило, имеют свободный доступ к участию в социальной и культурной жизни принимающей страны, к ее системе образования, могут участвовать и в политической жизни, в деятельности политических партий, ассоциаций, обществ и организаций. Почти половина государств – членов Евросоюза предоставляет гражданам

«третьих» стран некоторые политические права. Установленный период легального проживания (от 6 месяцев до 5 лет) позволяет иммигрантам участвовать и в местных или муниципальных выборах. Еврокомиссия считает принципиально важным участие иммигрантов, иммигрантских организаций в процессе принятия решений в стране проживания. Разумеется, речь идет не о прямом принятии решений, а о решениях через специальные советы иммигрантов. Правда, и структура этих советов, и их компетенции существенно различаются в разных странах Евросоюза. В Португалии, например, консультативный совет по вопросам иммиграции обеспечивает участие иммигрантских организаций, их социальных партнеров и институтов социальной солидарности в разработке политики социальной интеграции. Национальный совет Люксембурга по делам иностранцев уполномочен предоставлять правительству конкретные предложения по улучшению положения иностранцев. При этом половина членов совета состоит из самих иностранцев, избираемых иммигрантскими организациями. На местном уровне муниципалитеты, на 20% состоящие из граждан третьих стран, обязаны учреждать специальные комиссии. Аналогичная схема используется Данией. По требованию не менее 50 человек все муниципалитеты обязаны учреждать совет по интеграции. В Финляндии бюро советников по этническим отношениям проводит мониторинг по проблемам интеграции. В работе бюро участвуют иммигранты – представители традиционных для Финляндии этнических меньшинств, министры, социальные партнеры, представители неправительственных организаций. Греция еще не создала такой консультативный орган, но ее институт миграционной политики проводит соответствующие исследования, собирает информацию, контролирует уже подготовленные проекты. В Италии действуют различные консультативные структуры, в том числе Национальная организация по координации интеграционной политики.

Позитивную оценку Еврокомиссии получили антидискриминационное законодательство в странах ЕС и правовое обеспечение директивы Совета ЕС 2004/43 «О реализации принципа равного отношения между лицами независимо от их расового или этнического происхождения Почти все страны ЕС проводили с этой целью разъяснительные кампании, осуществляли специальные программы. Нидерланды приняли национальный план борьбы с расизмом. В 2001 г. аналогичный план приняла и Финляндия. В некоторых странах ЕС проводился мониторинг реализации этих и подобных программ.

Совершенно очевидно, что на современном этапе назрела необходимость структурам ЕС, ответственным за принятие решения, сформулировать комплексный антикризисный подход в сфере миграционной политики и права.

Библиографический список

Catherine Barnard. The substantive Law of the EU. The four Freedoms. New-York. Oxford University Press. 2004. - 389 p.

Martin P.L. and Taylor J.E. The Anatomy of a Migration Hump // J.E. Taylor (ed.) Development Strategy, Employment and Migration: Insights from Models. Paris: OECD. 2006. - 345 p.

Burning Problems of Migration Policy and Law in the EU (Summary)

Svetlana A. Trykanova[*]

In conditions of financial crisis, a prominent aspect of a safety of the European Union is formulation of new approaches to migration policy and Law. Currently, it is possible to allocate two levels of problems in the field of migratory policy and Law. First, it is the search of the ways of migratory streams regulation mechanisms' optimization during the extreme rate of unemployment growth. Secondly, the important problem of migratory policy of EU is the formulation of a general strategy in the sphere of integration of migrants into the national environment. Till now, in EU the given question has been solved incompletely. It is necessary to note, that at the present stage the necessity for the EU structures responsible for taking such decisions, to formulate a complex anti-recessionary approach to the problem has become evident.

Keywords: migration law; migration policy; European Union; labour migration; integration of migrants; illegal migration; deportation.

[*] Svetlana A. Trykanova – Ph.D. in History, assistant professor of the Chair of Theory and History of State and Law of the Faculty of Legal and Political Sciences; senior researcher at the Center of European politics and law of the Ryazan State University named after S. Esenin. svetlana.trykanova@gmail.com.

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

Австрийская Конституция и международное право

Водяницкая Е.А.[*]

Наиболее важным правовым институтом, касающимся международных отношений Австрии с другими государствами, является ее статус постоянно нейтрального государства, который был провозглашен в 1955 году ФКЗ «О постоянном нейтралитете». Вступлением в ЕС в 1995 году Австрия распространила на себя действие первичного права сообществ и подчинила себя юрисдикции Суда ЕС. Вступление Австрии в ЕС стало самой важной передачей суверенных прав в истории Конституции. В связи с этим некоторые австрийские конституционалисты склонны считать Австрию утратившей статус постоянно нейтрального государства.

Незадолго до вступления в силу Договора о вступлении Австрии в ЕС в Конституцию были внесены изменения: в первый раздел Конституции была добавлена новая глава B «Европейский союз». Новые статьи (23a–23f) содержат положения о выборах австрийских депутатов в Европейский парламент, о баллотировании и осуществлении полномочий депутата служащими публичных учреждений, о назначении австрийских представителей в органы ЕС, об участии земель, законодательных органов Федерации и Федерального правительства в делах ЕС, а также особое регулирование участия Австрии в совместной внешней политике и политике безопасности.

[*] Водяницкая Елена Александровна – преподаватель кафедры конституционного права МГИМО (У) МИД России. e.vodyanitskaya@inno.mgimo.ru.

Ключевые слова: Австрийская Республика; постоянный нейтралитет; конституционный закон о вступлении Австрии в ЕС; конституционная реформа; конституционно-правовые принципы.

I. Федеральный конституционный закон о постоянном нейтралитете

Наиболее важным правовым институтом, касающимся международных отношений Австрии с другими государствами, является ее статус постоянно нейтрального государства, который был провозглашен в одностороннем порядке в 1955 году (Федеральный конституционный закон «О постоянном нейтралитете» от 26 октября 1955 года[1]). В отличие от скандинавских нейтральных государств (Швеции и Финляндии), Австрия законодательно закрепила свое международно-правовое обязательство о постоянном нейтралитете.

Статья 1 данного закона содержит отсылку к статусу постоянного нейтралитета согласно международному праву. В международном праве классическое определение постоянного нейтралитета содержится, с одной стороны, в V и XIII Гаагских конвенциях (V Гаагская конвенция о правах и обязанностях нейтральных держав и лиц в случае сухопутной войны от 18 октября 1907 года[2] и XIII Гаагская конвенция о правах и обязанностях нейтральных держав в случае морской войны от 18 октября 1907 года[3]) и, с другой стороны, в международном обычном праве[4]. В военное время данные правила должны соблюдаться любым государством, не участвующим в конкретном конфликте; они применяются как к временно, так и к постоянно нейтральным государствам. Нейтральному государству воспрещается поставлять воюющим сторонам военные припасы или оборудование, осуществлять ссуды или финансовую помощь непосредственно для военных целей или разрешать воюющим сторонам проводить через территорию нейтральной державы войска или обозы с военными или съестными припасами либо устраивать на территории нейтральной державы станции беспроволочного телеграфа или всякого рода приспособления, предназначенные

[1] Kodex des österreichischen Rechts. Verfassungsrecht 2008/09. 28 Aufl., Stand 1.9.2008. C. 454.

[2] http://www.memo.ru/prawo/hum/haag07-3.htm

[3] http://www.memo.ru/prawo/hum/haag07-4.htm

[4] Bindschedler, Permanent Neutrality of States, in: Bernhardt (ed), Encyclopedia of Public International Law, Installment 4. 1982. C. 133–136.

служить средством сообщения с воюющими как на море, так и на суше. Если нейтральное государство вступает в экономические и финансовые отношения с воюющими сторонами, оно должно соблюдать строгую беспристрастность к обеим сторонам.

В мирное время правила конвенций о нейтралитете распространяются только на государства, взявшие на себя обязательство соблюдать постоянный нейтралитет в соответствии с международным правом. Постоянно нейтральное государство обязано соблюдать непрямые, или второстепенные, обязательства правового характера. Оно должно воздерживаться от действий и принятия на себя международно-правовых обязательств, которые могут разрушить веру других государств в его нейтралитет в случае войны. Соответствующие обязанности вытекают из обязательств, присущих постоянно нейтральному государству во время войны. Также постоянно нейтральное государство обязано строить свои международные отношения, предотвращая возможные нарушения его нейтралитета и защищая себя от вовлечения в будущие конфликты. Таким образом, ведение внешних сношений должно давать возможность постоянно нейтральному государству выполнять свои обязанности во время войны. Конкретные действия по ведению внешних сношений, однако, оставлены на усмотрение самого государства.

В своем ходатайстве о принятии в ЕС от 17 июля 1989 года Австрия сделала оговорку о сохранении признанного за ней международно-правового статуса постоянно нейтрального государства. Кроме того, Австрия исходила из предположения, что, даже являясь участником ЕС, она будет в состоянии выполнять правовые обязательства, вытекающие из статуса постоянно нейтрального государства, и продолжать политику нейтралитета как определенный вклад в поддержание мира и безопасности в Европе[5]. В течение переговоров о вступлении Австрии в ЕС были рассмотрены два варианта, допускающих членство в ЕС ввиду постоянного нейтралитета Австрии. С одной стороны, Австрия могла пересмотреть определение статуса постоянно нейтрального государства. С другой стороны, было предложено включить в Договор о вступлении разъясняющие положения. В итоге ни один вариант не был претворен в жизнь.

В апреле 1994 года как приложение к Договору о вступлении в ЕС была подписана декларация, где Австрия подтвердила принятие на себя прав и обязанностей в рамках ЕС и признание институционной

[5] Antrag auf Aufnahme in die EWG, abgedruckt in: Rauchenberger (Hg.), Entscheidung für Europa. 1995. C. 152.

структуры сообщества (acquis), в особенности принципов и политических целей ЕС. Австрия согласилась полностью и без оговорок распространить на себя положения главы V Договора о ЕС, касающейся участия в совместной внешней политике и политике по обеспечению безопасности ЕС, причем здесь уже не было сделано никаких отсылок к ее нейтральному статусу.

Поскольку Австрия вступила в ЕС без специальной оговорки о ее нейтральном статусе, а напротив, в совместном заявлении к Договору о вступлении выразила готовность к принятию на себя и осуществлению вытекающих из присоединения обязательств, то возникла необходимость в конституционно-правовом регулировании, чтобы согласовать обязательства Австрии как нейтрального государства с требованиями участия страны в ЕС. Соответствующие нормы были включены статьей 23f Федерального конституционного закона Австрии (далее – ФКЗ, Конституция)[6].

Содержание данной нормы было адаптировано к дальнейшему развитию совместной внешней политики и политики безопасности в контексте изменений Договора о ЕС в редакции Амстердамского и Ниццского договоров. В ст. 23f п. 1 Конституции закреплено принципиальное участие Австрии в совместной внешней политике и политике по обеспечению безопасности ЕС в соответствии с главой V Договора о ЕС в редакции Амстердамского договора. Кроме того, Австрия в полном объеме участвует также и в так называемых Петерсбергских задачах, которые были включены в Договор о ЕС Амстердамским договором 10 ноября 1997 года (ст. 17 Договора о ЕС), а также в мероприятиях, посредством которых экономические отношения с одной или многими третьими странами поддерживаются, ограничиваются или полностью прекращаются[7]. Ввиду этого некоторые австрийские конституционалисты склоняются к тому, что ст. 23f Конституции в объеме сферы своего применения с материальной точки зрения отменила положения ФКЗ о постоянном нейтралитете[8].

Таким образом, со вступлением в ЕС конституционно-правовое обязательство постоянного нейтралитета было ограничено военной сферой. С распространением ст. 23f ФКЗ на возможность участия

---

[6] BGBl 1994/1013.

[7] Kodex des österreichischen Rechts. Verfassungsrecht 2008/09. 28 Aufl., Stand 1.9.2008. C. 58.

[8] Öhlinger T., Art. 23f B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar Bd. I/1, Stand: EL 5/2002.

в Петерсбергских задачах, особенно в «задачах боевых подразделений в целях урегулирования кризисов, в том числе в задачах по восстановлению мира»[9], оказывается затронутой также и военная сфера. В связи с этим некоторые австрийские конституционалисты склонны считать Австрию утратившей свой статус постоянно нейтрального государства[10].

II. Конституционно-правовые принципы, касающиеся соотношения норм внутригосударственного и международного права

Австрийская Конституция содержит нормы об общепризнанных принципах международного права и инкорпорации международных договоров.

Общепризнанные принципы и нормы международного права действуют в качестве составной части федерального права (ст. 9 п. 1 Конституции). Это означает, что международное обычное право ipso iure трансформировано в федеральное право. Однако его ранг в национальной правовой системе до сих пор является предметом дискуссий. В соответствии с практикой Конституционного суда международное право находится на уровне обычного федерального закона[11]. В то же время конституционно-правовая доктрина считает, что общепризнанные принципы и нормы международного права стоят (или могут стоять) выше, чем обычное законодательство[12].

Для того чтобы международные договоры создавали права и обязанности для граждан, они нуждаются в трансформации во внутреннее австрийское право. В отличие от конституций других европейских государств (Франции, Нидерландов, Испании, Португалии), ФКЗ не содержит положения о приоритете норм международных договоров перед внутригосударственными правовыми нормами.

Согласно Федеральной Конституции, ранг государственного договора может зависеть от его содержания и процедуры ратификации[13].

---

[9] http://www.eulaw.edu.ru/documents/legislation/uchred_docs/evr_soiuz_nice.htm

[10] Hummer W. Solidarität versus Neutralität – Die immerwährende Neutralität Österreichs vor und nach Nizza. ÖMZ 2001. C. 162.

[11] VfSlg 1375/1931, 2680/1954, 3950/1960; Seidl-Hohenveldern. Völkerrecht. 1992. C. 597.

[12] Walter R./Mayer H. Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts. Wien 2007. C. 220; Rill. Der Rang der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts in der österreichischen Rechtsordnung. 10 ÖZÖR. 1959/1960. C. 439-446.

[13] Holzinger, International Human Rights Instruments and National Law (Austria), in MatscherlKarl (eds), Austrian-Soviet Round-Table on the Protection of Human Rights

Соответственно, необходимо различать договоры, изменяющие или дополняющие Конституцию, договоры, изменяющие или дополняющие законы, и договоры, имеющие ранг постановлений. Все политические договоры, а иные в той степени, в какой они изменяют или дополняют существующие законы, могут заключаться лишь с одобрения Национального совета при условии соблюдения установленного кворума, соответствующего типу и содержанию договора (ст. 50, 42 и 44 Конституции). В частности, договоры, изменяющие или дополняющие конституционное право, могут быть приняты Национальным советом лишь большинством в две трети поданных голосов в присутствии не менее половины его членов. Международные договоры, заключаемые федеральным правительством, которые сокращают законодательные полномочия земель, должны быть одобрены также и Федеральным советом – палатой парламента, которая является органом представительства земель.

В соответствии с поправкой к Конституции 1988 года земли получили ограниченное право заключать договоры с соседними государствами и их частями. Однако это полномочие не вторгается в сферу действия права федерального правительства на заключение международных договоров. Практическое значение данного полномочия земель остается низким[14].

Парламент в Австрии имеет право воспрепятствовать прямому действию договора внутри государства, даже если договор обладает прямым действием по своему содержанию. Так, ст. 50 п. 2 Конституции закрепляет, что в случае одобрения политического государственного договора или договора, изменяющего или дополняющего закон, Национальный совет может принять решение о том, что этот государственный договор подлежит исполнению на основании издания законов («оговорка об исполнении»)[15]. В результате такой оговорки договор не обладает прямым действием (не может применяться непосредственно) в национальном праве независимо от его квалификации в международном праве.

В области международной защиты прав человека наблюдается обратная практика австрийского парламента[16]. Примером инкорпорации

(1992) 15 at 20 et seq.

[14] Berchtold K. Zur völkerrechtlichen Vertragsabschlußkompetenz der Länder. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. 40, 1989. C. 217–224.

[15] Kodex des österreichischen Rechts. Verfassungsrecht 2008/09. 28 Aufl., Stand 1.9.2008. C. 67.

[16] Morscher. Die Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion im Grundrechtsschutz in Österreich. EuGRZ 1990. C. 471.

здесь может послужить Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Несмотря на то что изначально Конвенция рассматривалась как не самоисполнимый договор (не обладающий прямым действием), который в соответствии с практикой Конституционного суда может иметь ранг только обычного федерального закона, в 1964 году она была возведена в ранг конституционного закона. С тех пор не подлежит сомнению, что данная Конвенция обладает прямым действием во внутригосударственном праве. Все последующие протоколы к Конвенции, содержащие гарантии прав и свобод человека, также имеют статус конституционных законов. В настоящее время данные акты образуют наиболее важную часть законодательства по правам человека в австрийском конституционном праве. Кроме того, на австрийское законодательство оказывает большое влияние практика Европейского суда по правам человека[17].

III. Участие в международных и наднациональных организациях

До 1980-х годов австрийская Конституция не содержала специальных положений об участии Австрии в международных организациях. В 1981 году в ФКЗ была включена норма о передаче суверенных прав межгосударственным учреждениям[18] (ст. 9 Конституции), а в 1994 году – новая глава B «Европейский союз»[19].

Австрийская Конституция содержит специальное положение о передаче суверенных прав международной организации. Согласно ст. 9 п. 2 ФКЗ, на основании закона или международного договора, одобренного Национальным советом, отдельные суверенные права могут быть переданы межгосударственным учреждениям и их органам[20]. Данное полномочие ограничено полномочиями федерального правительства (Федерации). Кроме этого, передача широкого объема полномочий не может быть основана на данном положении, поскольку в нем такая передача ограничена определенными «отдельными» суверенными правами. Более того, решения межгосударственных учреждений должны

[17] Okresek. The development of Austrian Law under the Influence of International Instruments on Human Rights, in: Matscher/Karl (eds), Austrian-Soviet Round-Table on the Protection of Human Rights. 1992. С. 39–44.

[18] BGBl 1981/350. ФКЗ от 1 июля 1981 г. № 350.

[19] BGBl 1994/1013.

[20] Kodex des österreichischen Rechts. Verfassungsrecht 2008/09. 28 Aufl., Stand 1.9.2008. С. 39–40.

соблюдать закрепленные стандарты прав человека. В решениях о передаче суверенных прав межгосударственным учреждениям согласно ст. 9 п. 2 Конституции должно соблюдаться также обязательство постоянного нейтралитета[21].

Самой важной передачей суверенных прав в истории Конституции стало вступление Австрии в ЕС с 1 января 1995 года. Однако она не была основана на ст. 9 п. 2 Конституции, поскольку это положение было слишком узким для масштабов данной передачи суверенных прав. Поэтому был принят специальный конституционный закон[22], уполномочивающий компетентные органы на ратификацию Договора о вступлении Австрии в ЕС. Данный закон (а не сам Договор) был вынесен на референдум перед одобрением Договора, так как поправки, которые содержал данный конституционный закон, означали полный пересмотр Конституции согласно ст. 44 п. 3 ФКЗ[23].

Европейский союз

В связи с вступлением в Европейский союз в Конституцию Австрии был включен новый раздел, содержащий шесть статей. Новые статьи 23a–23f закрепляют различные аспекты участия австрийских государственных органов в делах ЕС[24].

Положения о выборах австрийских депутатов в Европейский парламент были включены в Конституцию статьей 23a. В отличие от ситуации в других государствах – участниках ЕС, австрийский депутат Европейского парламента не может одновременно быть членом какого-либо законодательного органа на федеральном уровне внутри страны (ст. 59 Конституции).

Новая глава содержит положения о процедуре участия земель и земельных правительств в принятии решений на уровне ЕС (ст. 23d

---

[21] Griller S. Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen. Springer, Wien-New York. 1989. C. 239.

[22] BGBl 1994/774.

[23] Schäffer H., The Accession of Austria to the European Union. Constitutional problems and solutions. Förvaltnings-Rättslig Tidskrift 1994. C. 237.

[24] Grabenvarter, Anderungen der osterreichischen Bundesver-fassung aus AnlaB des Beitritts zur Europaischen Union, ZaoRV 1995, c. 166; Seidl-liobenveldern, Constitutional Problems involved in Austria‘s Accession to the EU, CMLR 1995. C. 727; Neisser, Verfassungsreform im Lichte des EU-Beitrittes, in Rill-FS (1995). C. 335–342; Schaffer, Osterreichs Beteiligung an der Willensbildung in det Europaischen Union, insbesondere an der europaischen Rechtssetzung, ZOR 50 (1996), c. 3.

ФКЗ). Федерация обязана немедленно информировать земли обо всех планируемых мероприятиях в рамках ЕС, которые затрагивают сферу собственной компетенции земель или могут быть интересны им иным образом. Аналогичное положение относится к земельным правительствам в отношении мероприятий, затрагивающих сферу их собственной компетенции или иные важные интересы. Земли и земельные правительства обладают правом выражать свое мнение по поводу данных мероприятий. В случае с землями данное мнение связывает Федерацию в случае, если такое мнение было принято в качестве «единого мнения» на специальной «интеграционной конференции» большинством голосов без возражений со стороны какой-либо земли. Федеральное правительство может отклониться от такого мнения только по вынужденным причинам внешней и интеграционной политики. Об этих причинах земли должны быть уведомлены немедленно.

Если планируемое мероприятие в рамках ЕС хотя бы частично затрагивает сферу законодательной компетенции земель, федеральное правительство может передать право на участие в принятии решения в Совете ЕС члену земельного правительства, назначаемому землей. Осуществление данного права происходит при согласовании с компетентным членом федерального правительства.

Законодательные органы Федерации – Национальный совет и Федеральный совет – также обладают правом участия в делах ЕС (ст. 23е ФКЗ). Компетентный член федерального правительства обязан незамедлительно информировать данные органы обо всех планируемых мероприятиях в рамках ЕС. Национальный совет может высказать мнение по поводу планируемого мероприятия в рамках ЕС. Такие мнения связывают членов федерального правительства при обсуждении в Совете ЕС, если планируемое мероприятие в рамках ЕС, по которому оно высказано, должно быть реализовано посредством федерального закона или направлено на издание непосредственно применяемого правового акта, который касается вопросов, требующих урегулирования федеральным законом. Опять же член федерального правительства может отклониться от такого мнения только по вынужденным причинам внешней и интеграционной политики, которые должны быть немедленно сообщены Национальному совету. Более того, компетентный член федерального правительства обязан проконсультироваться с Национальным советом перед отклонением от его мнения. Наконец, компетентный член федерального правительства обязан предоставить

доклад Национальному совету во всех случаях, когда последний выразил связующее мнение. Федеральный совет может выразить связующее мнение в отношении планируемых мероприятий в рамках ЕС, которые вторгаются в сферу собственной компетенции земель и должны быть реализованы посредством конституционного закона.

Наконец, в данную главу было включено положение об участии Австрии в совместной внешней политике и политике по обеспечению безопасности ЕС (ст. 23f ФКЗ). Это положение включает участие в мероприятиях, посредством которых экономические отношения с одной или многими третьими странами поддерживаются, ограничиваются или полностью прекращаются.

Законность и реализация в национальной правовой системе решений международных организаций

В случае если суверенные права Федерации были переданы межгосударственным учреждениям в соответствии со ст. 9 п. 2 Конституции, решения и правила международных организаций связывают государство только как субъекта международного права. Однако в некоторых случаях они могут создавать права и обязанности непосредственно для австрийских граждан и органов[25].

По общему правилу ст. 9 п. 2 ФКЗ не уполномочивает законодательные органы на передачу полномочия по принятию решений или норм, изменяющих конституционное право[26]. Поэтому решения, которые непосредственно создают права и обязанности для австрийских граждан и органов, по своей юридической силе могут быть только ниже, чем конституционные положения. Их юридическая сила по отношению к обычным законам зависит от государственного договора или закона, передающего суверенные права международной организации. По общему правилу такой акт передачи требует его согласования с внутренним правом независимо от иерархии норм в национальной правовой системе. Кроме случая, когда в акт передачи включено отдельное положение о юридической силе решения во внутригосударственном праве, предполагается, что решения международных организаций стоят выше обычных законов.

---

[25] Griller S. Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen. Springer, Wien-New York. 1989. C. 200.

[26] Там же. С. 230.

Что касается решений международных организаций, которые налагают обязательства только на государство как международно-правового субъекта, то они требуют инкорпорации в национальную правовую систему. Согласно Конституции, это происходит путем «специальной трансформации», то есть такое решение должно стать предметом регулирования внутреннего источника права (закона, постановления и др.). В форме какого нормативно-правового акта будет осуществлено такое регулирование, зависит от содержания конкретного решения международной организации[27].

Решения межгосударственных учреждений не подлежат контролю Конституционного суда, так как они не подпадают под его юрисдикцию согласно ст. 137–148 Конституции. Однако если решение, налагающее обязательства на Австрийскую Республику, имплементировано в национальную правовую систему законом или любым иным внутренним источником права, то конституционность такого акта может стать предметом рассмотрения в Конституционном суде. В процессе такого рассмотрения Конституционный суд может отменить данный закон и тем самым прекратить применение решения международной организации в национальном праве[28].

Вступление Австрии в ЕС с 1 января 1995 года образует особый случай передачи суверенных прав наднациональной организации. Двумя важнейшими характеристиками права сообществ являются его прямое действие и приоритет перед национальным правом государств-участников (первичное право). Прямое действие означает, что право сообществ непосредственно создает права и обязанности не только для учреждений ЕС и государств-участников, но и для граждан этих государств, то есть оно не нуждается в предварительной трансформации. Приоритет означает, что право сообщества стоит выше национального права государств-участников и заменяет собой (отменяет) все национальные правовые нормы, противоречащие норме права сообществ, занимая их место в национальном правопорядке.

Правовой основой такой ситуации является как право сообществ, так и национальный акт передачи суверенных прав государства-участника в связи с ратификацией договора о вступлении в ЕС. Несмотря на то что не существует специального положения о приоритете права сообществ над национальным правом, в австрийской правовой

[27] Там же. С. 377.
[28] Там же. С. 486.

доктрине это уже не является предметом дискуссий[29]. Особую роль в установлении данного принципа сыграла практика Суда ЕС.

Прямое действие и приоритет права сообществ были подтверждены в объяснительном докладе к конституционному закону о вступлении Австрии в ЕС[30]. Однако доклад делает отсылку к конституционно-правовым принципам, измененным в соответствии с вступлением Австрии в ЕС. Дальнейшие изменения этих принципов в связи с будущими изменениями и дополнениями первичного права ЕС должны стать предметом нового референдума. В отношении европейских нормативно-правовых актов ultra vires Федеральное правительство заявило, что такие акты могут рассматривать как ничтожные в случае явного превышения полномочий, так как это может вести даже к подрыванию основ австрийского согласия на Договор о вступлении в ЕС[31].

Изменения Договора о ЕС амстердамской и ниццской редакциями, а также договорами о присоединении к ЕС центрально- и восточноевропейских государств не потребовали проведения нового референдума, так как не затронули основные принципы Конституции Австрии. Вопрос о проведении всенародного голосования встал только в 2005 году в связи с ратификацией Договора, устанавливающего Конституцию для Европы. Однако в правительственном законопроекте к закону о ратификации данного договора говорилось, что «одобрение данного Договора не означает существенного качественного изменения в соотношении конституционного права Австрии и права сообществ»[32]. Соответственно, ратификация данного договора не выходила за пределы изменений, не влекущих за собой полный пересмотр Конституции согласно ст. 44 п. 3 Конституции. Таким образом, Договор, устанавливающий Конституцию для Европы, был ратифицирован путем такой же процедуры, что и предыдущие изменения Договора о ЕС[33]. Однако данная Конституция была отклонена на референдумах во Франции и в Нидерландах и соответственно не вступила в силу.

---

[29] Griller S. Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, Ecolex 1996. C. 639-640.

30 BGBl 1994/774; Explanatory Memorandum to the Federal Government's Bill, Addendum to the Shorthand Minutes of the National Council, 18th Period of Legislation, Nr. 1546. P. 7.

[31] Grabenwarter Ch., The Austrian Federal Constitution and Peace between States. Zeitschrift für öffentliches Recht, 51, 1996. C. 69.

[32] 789 Приложение к стенографическим протоколам заседаний Национального совета, 22-й законодательный период. С. 8.

[33] Bundesverfassungsgesetz über den Abschluss des Vertrages über eine Verfassung für Europa, BGBl. I2005/12.

Новым этапом реформ в рамках ЕС стал Лиссабонский договор, который должен был вступить в силу с 1 января 2009 года после его ратификации в парламентах всех государств – участников ЕС. Этот документ, одобренный в октябре 2007 года на саммите ЕС в Лиссабоне, должен был заменить непринятую Конституцию ЕС. Данный договор так же, как и Конституция ЕС в 2005 году, не потребовал проведения всенародного референдума согласно ст. 44 п. 3 ФКЗ, и австрийский парламент ратифицировал его 9 апреля 2008 года. Австрия стала восьмой страной ЕС, которая одобрила Лиссабонский договор. Однако данный договор до сих пор не вступил в силу, так как не был одобрен на референдуме в Ирландии в июне 2008 года (Ирландия – единственная страна Евросоюза, где для ратификации договора требуется референдум). Судьба Лиссабонского договора, определяющего новые принципы функционирования институтов Евросоюза, так и не решена, поскольку для его вступления в силу требуется ратификация всеми 27 странами ЕС.

Библиографический список

Борисова К. Важнейший этап развития европейской интеграции // Мировая экономика и международные отношения. 2002. № 10. С. 115–117.

Косоруков С.А. Референдумы по европейскому объединению // Европейские правовые культуры. М.: Юрист, 2002. № 1. С. 151–162.

Невинский В.В. Эволюция конституционного законодательства Австрийской Республики // Российский юридический журнал. 2001. № 1 (29). С. 112–116.

Перналер П. Проблемы федеральных отношений в Австрии // Государство и право. 1994. № 3. С. 120–125.

Энтин Л.М. Новое в развитии европейского права: Ниццский договор // Десять лет внешней политики России: материалы Первого Конвента Российской ассоциации международных исследований / Под ред. А.В. Торкунова; Российская ассоциация междунар. исследований; МГИМО (У). М.: РОССПЭН, 2003. С. 596–602.

Adamovich L. Eine neue Republik? Gedanken zur Verfassungsreform. Holzhausen Verlag, Wien 2004.

Adamovich L./ Funk B.-C., Österreichisches Verfassungsrecht. Wien, 1985.

Berchtold K., Über die Durchführung von Staatsverträgen durch die Länder // Juristische Blätter (JBI), 1967.

Berchtold K. Zur völkerrechtlichen Vertragsabschlußkompetenz der Länder. Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht. 40, 1989. C. 217–219.

Das österreichische Bewusstsein in der öffentlichen Meinung und im Urteil der Experten. Studie der Paul-Lazarsfeld-Gesellschaft für Sozialforschung, Wien 1980.

Gehler M. / Steininger R. Die Neutralen und die Europäische Integration 1945-1955. Wien, Böhlau Verlag, 2000.

Griller S./ Rill. Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft. Verlag Österreich. Wien 1997.

Griller S., Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen. Wien, 1989.

Griller S. Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, Ecolex 1996.

Grabenwarter Ch. The Austrian Federal Constitution and Peace between States. Zeitschrift für öffentliches Recht, 51, 1996. C. 61–83.

Grabenwarter Ch., Die Verteilung völkerrechtlichsbezogener Zuständigkeiten nach der österreichischen Bundesverfassung // Austrian journal of public and international law, 48, 1995. C. 79–120.

Grabenwarter Ch. Änderungen der österreichischen Bundesverfassung aus Anlass des Beitritts zur Europäischen Union. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 55, 1995. C. 182–190.

Griller S., Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft. Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1995. C. 65–78.

Hummer W. Solidarität versus Neutralität – Die immerwährende Neutralität Österreichs vor und nach Nizza. Österreichische militärische Zeitschrift, 2001. C. 160–174.

Hummer W. / Obwexer W. 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Springer Verlag Wien. 2006.

Korinek – Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar. 7. Lfg 2005.

Meissel F.-S., Gesamtänderung der Bundesverfassung durch Staatsvertrag und der Stufenbau des Verfassungsrechts // Österreichische Juristische Zeitung, 1990. C. 436–439.

Morscher, Die Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion im Grundrechtsschutz in Österreich. Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1990. C. 466–478.

Nentwich M., Den EU-Beitritt begleitende Novelle des Bundes-Verfassungsgesetzes in Ausarbeitung // EuZW, 1994. C. 676.

Öhlinger T., Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht. Springer-Verlag. Wien – New York 1973.

Öhlinger T., Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG. Wien, 1988.

Öhlinger T., Verfassungsrecht. Universitätsverlag, Wien 2005.

Pelinka A., Rosenberger S. Österreichische Politik. Grundlagen – Strukturen – Trends. Wien, WUV, 2000.

Pernthaler P., Das Länderbeteiligungsverfahren an der europäischen Integration. Wien, 1992.

Perntaler P., Die Verfassungsautonomie der österreichischen Bundesländer // Juristische Blätter. Wien. Heft 15/16. 9. August 1986. 108. Jahrgang. C. 477–487.

Retter K., Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Lichte der Bundesverfassung, juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (JAP) 1994/95. C. 80–87.

Schäffer H., The Accession of Austria to the European Union. Constitutional problems and solutions. Förvaltnings-Rättslig Tidskrift, 1994.

Schweiz – Österreich. Ähnlichkeiten und Kontraste. Hrsg. von F.Koja und G.Stourzh. Hermann Böhlaus Nachf. Wien-Köln-Graz 1986.

Stadlmeier S., Dynamische Interpretation der Neutralität. Wien, 1991.

Stourzh G. Vom Reich zur Republik. Wien, Wiener Journal, 1990. C. 57–70.

Thaler M., Die Vertragsschlusskompetenz der österreichischen Bundesländer. Wien, 1990.

Walter R./ Thienel R., Parlament und Bundesverfassung. Wien, 1990.

Walter R./Mayer H. Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts. Wien 2007.

Austrian Constitution and International Law (Summary)

Elena A.Vodyanitskaya[*]

The most important legal institution concerning Austria's peaceful relations with other States is its status as a permanently neutral state which was declared unilaterally by Austria in 1955 by adopting the constitutional bill on permanent neutrality. After the accession to the EU Austria confirmed to accept the rights and obligations within the Union and its institutional framework, in particular the principles and the political goals of the EU. Austria's accession to the EU constituted the most important transfer of jurisdiction in the history of the Federal Constitution. On this occasion the Austrian legislature passed an amendment to the Federal Constitution which provides for the participation of Austrian organs in the decision-making process of the European Union.

First of all, provisions on the election of Austrian members to the European Parliament were introduced by the amendment into the Constitution. Secondly, the amendment contains a procedure for participation of the Austrian lands and local governments in the decisions of the European Union. Thirdly, the legislative bodies on the central government level (National Council and Federal Council) are also accorded the right to participate in decision-making of the EU. Finally, a special provision confirming Austria's participation in the Common Foreign and Security Policy of the Union was introduced.

Keywords: Austrian Republic; permanent neutrality; constitutional bill on accession to the EU; constitutional amendment; constitutional principles.

[*] Elena A.Vodyanitskaya – lecturer at the Chair of Constitutional law, MGIMO-University MFA Russia. e.vodyanitskaya@inno.mgimo.ru.

ГОЛОСА МОЛОДЫХ

Проблема правосубъектности транснациональных корпораций в доктрине международного права

Берандзе М.Р.[*]

Интенсификация международных отношений повлияла на изменение и разнообразие форм коммерческого взаимодействия многонациональных структур, а также на появление новых видов торгово-экономических связей. Многие годы правовая наука пытается найти инструменты регулирования отношений, вытекающих из международного гражданского оборота. Постоянно изменяющиеся и усложняющиеся по форме, субъектам и объектам международные отношения не находят должного отражения и в международном праве, и во внутригосударственном праве. Таким образом, возникает проблема поиска нормативных механизмов, необходимых для наиболее полного и подробного правового урегулирования международных отношений. По этой причине в американской доктрине международного права профессором Ф. Джессепом была сконструирована система транснационального права. В результате увеличения роли международных экономических отношений концепция получила дополнительное развитие в связи с растущей ролью транснациональных корпораций (ТНК).

В статье отмечены определенные свойства, присущие субъектам международного права. Основным выводом является то, что круг субъектов международного права не должен произвольно расширяться. Это следует иметь в виду прежде всего в связи с попытками юристов придать статус субъектов международного права юридическим лицам.

[*] Берандзе Михаил Роландович – аспирант кафедры международного права Дипломатической академии МИД России. mberadze@yandex.ru.

Ключевые слова: транснациональное право; правосубъектность ТНК; кодекс поведения ТНК; «диагональные» отношения.

На протяжении долгого времени утверждается, что ни национальное, ни международное право не в состоянии обеспечивать урегулирование интернациональных хозяйственных отношений в силу того, что для этого они практически не приспособлены. Более того, в течение многих лет правовая наука пытается найти и использовать инструменты регулирования отношений, вытекающих из международного гражданского оборота. Но вследствие объективных причин: увеличения круга участников международной торговли, появления новых форм обмена, движения товаров, инвестиций и финансов – становится очевидным, что правовые нормы, регулирующие эти связи, не успевают за фактическим их развитием. Как считает С.В. Бахин, «оставаясь в значительной своей части малоподвижным и консервативным, национальное право не успевает реагировать на стремительные изменения в международном обороте и динамике интеграционных процессов»[1]. На постоянное изменение и увеличение форм коммерческого взаимодействия многонациональных структур, а также на появление новых видов торгово-экономических связей национальное право реагирует действительно очень медленно. Что касается международного права, то, в целом, существует мнение, что международное право не может в должной степени урегулировать международные экономические отношения. Международное право, регулируя между субъектами такие отношения, как движение инвестиций или товаров, размещение на территории государства-реципиента иностранных капиталов или лиц, поведение государств в установлении внутренних правовых режимов для транснациональных структур, вторгается в компетенцию внутригосударственного права, так как определяет правовые рамки для внутреннего права. Таким образом, международное право (в этом качестве) получает приоритет над внутригосударственным правом.

Приходится признать, что регулирование этих постоянно изменяющихся и усложняющихся по форме, субъектам и объектам международных отношений не нашло (или не успевает находить) должного отражения как в международном, так и во внутригосударственном праве. В этой связи остается нерешенным вопрос, какие нормативные механизмы в таком случае задействованы или должны быть задействованы

[1] С.В. Бахин. Субправо = Sub law. СПб. 2000. С. 84

для адекватного и своевременного регулирования такого рода международных отношений. Многие специалисты склонны считать, что здесь и появляется так называемая «автономная» правовая система, – как заметил Г.М. Вельяминов, «внегосударственные» правовые системы или методы, которые должны заменять как международное, так и национальное право и включают так называемые «транснациональное право», «мягкое право», lex mercatoria (купеческое право), концепции самодостаточности частноправового контракта, или «контракта без права», трактуемого как исчерпывающее право для сторон; и все это, как он подчеркивает далее, «укладывается в далеко идущие задачи грядущего создания мирового правительства, «мирового права» и т.п. и ведет к подрыву четкой правовой основы международных экономических отношений, к замене ее правом силы»[2].

В последние годы концепция транснационального права все чаще упоминается и чаще присутствует в трудах западных юристов-международников. Впервые она была предложена в 1956 году американским юристом, судьей Международного суда ООН Ф. Джессепом в опубликованной им книге[3]. Ее смысл сводится к тому, что существующее международное право не в состоянии регламентировать весь тот широкий круг событий и действий, которые выходят за пределы одного государства. Тем не менее, по мнению Ф. Джессепа, они должны быть урегулированы, в связи с чем он конструирует новую систему – систему транснационального права, под которой понимается «вся совокупность правовых норм, регулирующих действия или события, выходящие за пределы национальных границ. Она включает в себя как публичное, так и частное международное право, так же как и другие нормы, не подпадающие под эти стандартные категории»[4].

Объективными причинами возникновения этой доктрины стали новые условия, в которых стали применяться нормы международного права, а именно: межправительственные организации были включены в круг субъектов международного права, но преследуемые ими цели стали отнюдь не политическими, а в первую очередь экономическими и финансовыми, и их деятельность можно скорее охарактеризовать как предпринимательскую. Практически одновременно понятие «транснациональные

---

[2] Вельяминов Г.М. Россия и глобализация // Россия в глобальной политике. 2006. № 3. С. 102.

[3] Philip C. Jessup. Transnational law. 1956. New Haven.

[4] Ibid. P. 2.

корпорации» было введено «в политический оборот, в том числе и в лексикон ООН, после Второй мировой войны для обозначения международных монополий, включающих крупные национальные компании с разветвленной международной сетью филиалов и осуществляющих свою деятельность на территории нескольких государств»[5]. Эти акторы сыграли важную роль в международном обмене.

В современных условиях глобализации и увеличения роли международных экономических отношений концепция получила дополнительное развитие в связи с растущей ролью транснациональных корпораций, которые, в дополнение к уже имеющейся экономической силе, стараются приобрести политическое влияние.

Одной из первых родилась идея создания Кодекса поведения транснациональных корпораций. С одной стороны, развивающиеся страны стремились не допустить определенных негативных действий в поведении ТНК, а также утвердить требования нового экономического порядка, в частности установление компенсирующих преимуществ для национальных предприятий развивающихся стран в их взаимоотношениях с ТНК развитых стран. С другой стороны, США, желая выработать правила, касающиеся отдельных аспектов в деятельности ТНК, выступили сторонниками международной регламентации их деятельности[6]. Также в числе вопросов, подлежащих урегулированию, были выделены проблемы, касающиеся включения в концепцию национального суверенитета полного применения национального законодательства к режиму иностранных компаний, а также по определению пределов, ограничивающих неотъемлемое право государств на суверенитет над своими природными ресурсами, и связанные с этим проблемы национализации[7].

Согласованные положения проекта Кодекса во многом дублируют отдельные общепризнанные международно-правовые принципы и стандарты, зафиксированные ранее в международных договорах. Здесь остается добавить, что многие острые вопросы до настоящего времени остаются нерешенными, некоторые решаются на уровне двусторонних соглашений. Как справедливо отметил Г.М. Вельяминов,

---

[5] Ковалев А.А. Международное экономическое право и правовое регулирование международной экономической деятельности. М., 2007. С. 116.

[6] См.: Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник. М., Международные отношения. 2001. С. 28.

[7] См.: Г.М. Вельяминов. Указ. соч. § 738.

одной из особенностей ТНК является и то, что «во многих случаях, обычно через головное, материнское предприятие, ТНК ведет деловые операции непосредственно с принимающими государствами, потенциально принимающими и просто с государствами как с деловыми партнерами»[8].

Одним из основных вопросов, по Кодексу поведения, во взаимоотношениях развивающихся и развитых стран стала проблема прав и обязанностей ТНК. Причиной этому послужило желание развивающихся стран использовать Кодекс как инструмент международного регулирования деятельности ТНК, точнее, как акт, содержащий обязанности ТНК по отношению к государству-реципиенту, а также права такого государства по отношению к ТНК. Основные положения были закреплены в четвертой части Кодекса «Режим транснациональных предприятий». Однако наиболее серьезные вопросы международного экономического права, в частности касающиеся экспроприации и национализации иностранной собственности, равно как и защиты природных ресурсов, не были затронуты и закреплены.

Не решенным до настоящего времени остается вопрос регулирования деятельности ТНК международным правом. Развитые страны настаивали на четком и ясном изложении и закреплении прав ТНК, которые бы, к тому же, имели стабильный характер. Таким образом, обозначилась проблема, будет ли ТНК подчиняться международному либо внутреннему правопорядку. Стороны согласились, что таким правопорядком станет внутренний правопорядок государства, принимающего ТНК. Тем не менее вероятность того, что государство-реципиент может в одностороннем порядке изменить внутренний правопорядок, чтобы более не сохранять законодательно закрепленного льготного регулирования или других преференций, позволила предположить, что такой правопорядок не отвечает требованиям стабильности. Таким образом, возникла проблема отнесения ТНК к международному правопорядку и, следовательно, рассмотрения ТНК в качестве субъекта международного права.

В связи с этим интересно рассмотреть пример, представленный в статье И.И. Лукашука. Так, в 1946 г. США выступили в ООН с предложением о наделении концернов, действующих на международной арене, международной правосубъектностью. После того как это предложение не обрело поддержки, американское отделение Ассоциации

[8] Там же.

международного права приняло решение, согласно которому обязательства по международному договору и обязательства по контракту с корпорацией обладают равной обязательной силой[9].

В отечественной науке международного права широкое распространение получила точка зрения, согласно которой существенная особенность статуса субъекта международного права состоит в том, что он непосредственно участвует в создании и осуществлении его норм[10]. Второй составляющей, как указывают многие авторы, является такое свойство субъекта международного права, как наличие у него определенных прав и обязанностей[11]. Что касается вопроса о наделении правосубъектностью международных организаций, то у международной организации она основывается на ее уставе, который определяет также и объем этой правосубъектности[12]. В результате обсуждения вопроса о способности заключать международные договоры в 1962 г. Комиссия международного права включила в проект ст. 3 параграф следующего содержания: «Способность международных организаций заключать договоры определяется уставом соответствующей организации»[13]. В дополнение следует рассмотреть общие свойства субъекта международного права. Так, например, авторы известной монографии «Международная правосубъектность» выделяют следующие свойства: 1) субъект международного права выполняет права и обязанности на основе норм международного права; 2) субъект – сторона в отношении, урегулированном нормами международного права, создаваемыми главным образом посредством международных договоров; 3) субъект обладает способностью участвовать в выработке норм международного права; 4) он имеет самостоятельный международно-правовой статус[14]. Указанные выше свойства, по мнению ученых, служат главными

---

[9] Лукашук И.И. К вопросу о соглашениях, подобных международным договорам // Советское государство и право. 1960. № 12. С. 93.

[10] Международная правосубъектность (некоторые вопросы теории) / Отв. ред. Д.И. Фельдман. М., 1971; Усенко Е.Т. Совет экономической взаимопомощи – субъект международного права // Советский ежегодник международного права. 1979. С. 34.

[11] См.: Задорожный Г.П. Указ. соч. С. 34; Шуршалов В.М. Указ. соч. С. 54.

[12] См.: Тункин Г.И. Основы современного международного права. С. 17–18; Малинин С.А. О правосубъектности международных организаций // Вестник ЛГУ. Серия экономики, философии и права. 1965. № 17. Вып. 3. С. 114; Шибаева Е.А. Специализированные учреждения ООН. М. 1966. С. 24.

[13] ILC. Yearbook. 1962. Vol. II. P. 164.

[14] Международная правосубъектность (некоторые вопросы теории) / Отв. Ред. Д. И. Фельдман. М., 1971. С. 14.

отличительными признаками понятия субъекта международного права, отграничивающими его от понятия субъекта права, даваемого общей теорией права. Хотя стоит заметить, что и в общей теории права встречаются мнения, совпадающие с точкой зрения юристов-международников. К примеру, А.С. Пиголкин отмечает, что правосубъектность юридического лица является специальной. По своему содержанию она должна соответствовать целям и задачам деятельности данной организации, определенным в уставе. Поскольку цели и задачи организаций, выступающих юридическими лицами, чрезвычайно разнообразны, то для них не может и не должно быть равной правосубъектности[15]. Специальная правосубъектность означает, что ее объем и содержание у разных организаций существенно различаются. Такая точка зрения находит поддержку в одной из работ И.И. Лукашука: «Если связь с международным правом опосредована каким-либо иным политико-правовым образованием, то в лучшем случае можно говорить о какой-то особой, производной правосубъектности»[16].

Исходя из отмеченных особенностей, следует сделать вывод, что только образования, обладающие определенными свойствами, способны быть субъектами международного права. Круг субъектов международного права не может произвольно расширяться. Прежде всего это следует иметь в виду в связи с многочисленными попытками юристов придать статус субъектов международного права юридическим лицам. «Международная правосубъектность, – пишет И.И. Лукашук, – есть юридическое выражение членства в международном сообществе. Субъект должен обладать независимым международным статусом и подчиняться непосредственно международному праву». При таком понимании субъекта международного права ТНК, безусловно, не обладают и в будущем не смогут обладать международной правосубъектностью.

Таким образом, и в советской, и в российской науке международного права практически всеми учеными делается однозначный вывод об отсутствии международной правосубъектности у ТНК. Зарубежными же исследователями высказываются самые различные мнения на этот счет. Некоторые из них также отрицают международную правосубъектность ТНК. Я. Броунли утверждает, что «в принципе корпорации, образованные на основании внутригосударственного права,

---

[15] Общая теория права: Учебник для юридических вузов / Под общ. ред. А.С. Пиголкина. М., 1995. С. 243.

[16] Лукашук. И.И. Международное право: Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 23.

не обладают международной правосубъектностью»[17]. В то же время он рассматривает их статус в разделе «Спорные случаи»[18]. Бельгийский ученый Ф. Риго более уверенно считает, что «транснациональные общества не являются ни субъектами, ни квази-субъектами международного права»[19].

Несмотря на это, теория, разработанная Ф. Джессепом, уже признает ТНК субъектом международного права, точнее, нового, «транснационального права». Исходя из позиции, что международное право не в состоянии регламентировать широкий круг событий и действий, которые выходят за границы одного государства, Ф. Джессеп включает в транснациональное право и международное публичное право, и частное международное право. Как следствие, субъектами транснационального права, наряду с государствами, организациями государств, индивидами, являются корпорации и неправительственные организации. При этом органы, рассматривающие споры между указанными субъектами (и прежде всего суды), не только вправе по своему усмотрению выбирать правовые нормы, наиболее подходящие для разрешения конкретного спора, но и создавать новые правовые нормы, а также применять систему ad hoc. Кроме того, юридические нормы, по мнению Джессепа, могут создаваться и иными способами: с помощью международных договоров, резолюций международное организаций, актов органов власти различных государств и т.п. При этом с ростом мировых связей транснациональное право должно все больше расширять сферу своего применения[20].

Вероятно, именно по вышеназванным причинам концепция транснационального права получила широкую известность и ссылки на нее встречаются в современной западной литературе.

Так, например, А. Кассезе, также не признавая за ТНК качество международной правосубъектности, указывает, что они являются субъектами внутригосударственного и «транснационального» права[21].

Представляет определенный интерес в этом ключе и точка зрения французского ученого Б. Жакье, который выделяет две концепции международных отношений: узкую, или межгосударственную,

---

[17] Броунли Я. Международное право. Книга первая. М., 1977. С. 118.
[18] Там же.
[19] Droit international. Tome 1 / Redacteur general M. Bedjaoui. P. 138.
[20] Там же. P. 109.
[21] A. Cassese. International Law in a Divided World. Oxford. 1986. P. 103.

и широкую, или транснациональную. Термин «транснациональный» противопоставляется здесь термину «межгосударственный». Автор при этом указывает: «Все, что выходит за границы государства, регулируется транснациональным правом…»[22]. Транснациональное право включается им в международную систему, к субъектам которой относятся среди прочих и многонациональные фирмы[23]. В основе названных теоретических построений, без сомнения, лежит теория Ф. Джессепа. Много общего с его концепцией имеет также теория известного юриста В. Фридмана, последователя Джессепа, изложенная в работе «Изменяющаяся структура международного права»[24]. Она получила название «комбинированная теория». Ее автор утверждает, что современное международное право развивается на трех различных уровнях, к которым он относит следующие положения:

«(a) Международное право сосуществования, то есть классическая система международного права, регулирующая дипломатические межгосударственные отношения, предопределяет существование государств независимо от их социальной и экономической структуры.

(b) Универсальное международное право сотрудничества, то есть совокупность юридических правил, регулирующих всеобщие человеческие интересы, рамки которых постоянно расширяются, распространяется от вопросов международной безопасности до вопросов международного общения, здоровья и благосостояния. (Здесь применяются как международно-правовые нормы, так и нормы национального права различных государств, что, несомненно, сближает эту теорию с концепцией Джессепа. – М.Б.)

(c) Тесно связанные региональные группы могут пойти дальше в совместном регулировании своих отношений, потому что они связаны большей степенью общности интересов и ценностей, а обычно также и региональной близости, чем все человечество в целом. Они, таким образом, могут первыми перейти от международного права к праву сообщества»[25].

Субъектами «международного права сотрудничества» и, следовательно, субъектами международного права в целом могут быть и частные корпорации. В пользу наличия у них правосубъектности В.

---

[22] Жакье Б. Международные отношения. Т. 1. Н. Новгород, 1997. С. 57.
[23] Там же. С. 145–150.
[24] W. Friedmann. The changing structure of international law. L. 1964.
[25] Там же. P. 367.

Фридман приводит следующий аргумент: «Существует все увеличивающееся количество международных связей между правительствами, с одной стороны, и иностранными частными корпорациями – с другой. Зачастую они имеют форму концессионных соглашений. Однако многие экономические соглашения, в которых участвуют правительства и частные корпорации, представляют собой комплексные международные документы с политическими условиями, а также условиями, касающимися общественного благосостояния наряду с коммерческими…»[26]. Однако автор сразу же делает оговорку, указывая, что это обстоятельство «не означает, что частные корпорации находятся либо должны находиться на том же уровне, что и публичные международные организации, не говоря уже о государствах в качестве субъектов международного права. Корпорации, по мнению В. Фридмана, должны обладать ограниченным статусом в международном публичном праве в той мере, в какой их деятельность контролируется международным публичным правом, нежели частным.

Данная теория была подвергнута критике в трудах отечественных ученых[27]. В частности, Г.И. Тункин справедливо указывает на то, что предлагаемое В. Фридманом разделение международного права на две части – международное право «сосуществования» и международное право «сотрудничества» – не имеет никакого основания в действительности[28].

Вместе с тем со стороны отечественных ученых была неоднократно подвергнута серьезной критике и концепция транснационального права[29]. Так, известный отечественный ученый Д.Б. Левин указывал, что «попытка Джессепа подменить международное право искусственно конструируемым «транснациональным правом» скрывает стремление растворить международные отношения в сумме разнообразных «транснациональных ситуаций», охватывающих и государства, и индивидов,

[26] Там же. P. 375.

[27] Тункин Г.И. Идеологическая борьба и международное право. М., 1967; Мозолин В.П. Буржуазные теории об интернационализации права на службе монополий США // Советское государство и право. 1968. № 11.

[28] Тункин Г.И. Идеологическая борьба и международное право. М., 1967. С. 137.

[29] См., например: Ашавский Б.М. О международном экономическом праве // Советский ежегодник международного права. 1984. М., 1986. С. 36–37; Левин Д.Б. Об основных направлениях буржуазной науки международного права // Советский ежегодник международного права. 1959. М., 1960. С. 117; Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. М., 1974. С. 15–19; Вельяминов Г.М. Россия и глобализация // Россия в глобальной политике. 2006. № 3.

и международные организации, и тем самым стереть специфические грани международных отношений, как отношений между суверенными государствами, и упразднить понятия государственного суверенитета и внутренней компетенции отдельных государств...»[30]. Такой же точки зрения придерживается еще один известный отечественный ученый Г.М. Вельяминов. Он, в частности, замечает, что «включение ТНК в «состав» субъектов международного права принципиально порочно, ибо открывает шлюзы для размывания самого понятия и сущности международного права»[31]. Соглашаясь с данной позицией, следует привести еще один аргумент. «Позиция западных юристов нарушает основные принципы, на которых основана система международного публичного права, – пишет А.А. Ковалев. – Если допустить, что юридические лица гражданско-правовых отношений могут становиться субъектами международного права, то это означает, по сути дела, приравнивание их к первичным субъектам международного права – государствам»[32].

Следует отметить, что вопрос правосубъектности ТНК рассматривается также в связи с проблемой так называемых «диагональных» соглашений.

Принято считать, что в зависимости от наличия публичного или частного элементов международные экономические отношения соответственно сочетают в себе два уровня правоотношений. Международные экономические отношения в публично-правовой сфере представляют собой отношения, субъектами в которых выступают субъекты международного права – государства и международные (межправительственные) организации. Таким образом, правоотношения, в которых участвуют указанные субъекты, или, как их принято называть, публичные лица, регулируются международным экономическим правом[33]. Международное экономическое право регулирует отношения на макроэкономическом уровне, где отношения развиваются между обособленными экономическими и правовыми системами. В свою очередь, частноправовые отношения развиваются на микроэкономическом уровне, где возникают отношения между субъектами одной правовой системы, а также между субъектами различных правовых систем. Однако возникают

[30] Левин Д.Б. Указ. соч. С. 117.

[31] Г.М. Вельяминов Международное экономическое право и процесс. М.: WoltersKluwer, 2004. § 746.

[32] Ковалев А.А. Международное экономическое право и правовое регулирование международной экономической деятельности. М., 2007. С. 121.

[33] Там же. С. 54.

ситуации, в которых правоотношения складываются между экономическими системами в лице государств или международных объединений, с одной стороны, и такими субъектами, как, например, холдинги, транснациональные корпорации, крупные банки, действующими в рамках микроэкономической системы, с другой стороны. Такие правоотношения со смешанным составом субъектов принято называть «диагональными». Международное экономическое право, представляющее собой отрасль международного права, оказывается не в состоянии регулировать такие «диагональные» отношения в силу того, что государства и другие субъекты международного права могут вступать как в публично-правовые, так и в частноправовые отношения. Что же касается субъектов национальных правовых систем, то они могут вступать в частноправовые отношения, но никак не в публично-правовые[34], так как не являются субъектами международного права.

Необходимо отметить и важность вопросов, касающихся «диагональных» соглашений, их правовой природы и правового регулирования в зависимости от того, какое право будет применяться к таким соглашениям, как будет решаться вопрос о мерах правового регулирования, применимых к данным соглашениям, а также об определенных правах и обязанностях сторон этих соглашений.

Безусловно, каждая сторона «диагонального» соглашения заинтересована в том, чтобы подчинить его наиболее «благоприятному» праву. Так, государство всегда будет применять нормы своего внутригосударственного права, чтобы никак не ограничивать свою деятельность при регулировании данных соглашений. В то же время иностранные юридические лица заинтересованы в обратном, а именно в выведении таких соглашений из-под юрисдикции государства-реципиента в связи с тем, что внутренний правопорядок может быть изменен им в одностороннем порядке, поскольку суверенное государство не обязано сохранять законодательные льготы и льготное регулирование.

Таким образом, заведомо невозможно признать за юридическим лицом международную правосубъектность, так как уже отмечалось, что частные лица не являются субъектами международного права и не могут вступать в публично-правовые отношения. «Диагональные» отношения в свою очередь не могут быть приравнены к международным договорам, поскольку само международное право не содержит четких

[34] Г.М. Вельяминов. Международное экономическое право и процесс. М.: WoltersKluwer, 2004.

и подробных норм и правовых предписаний относительно их правового регулирования. И наконец, консультативное заключение Международного суда ООН от 11 апреля 1949 года, а также от 22 июля 1952 года содержит положение, что «соглашения, заключаемые частными физическими и юридическими лицами с правительствами, не являются международными договорами».

Следует отметить, что концепция транснационального права развивается и обеспечивается в интересах США и отдельных стран Западной Европы, которые распространяют экономическое и политическое влияние посредством деятельности ТНК, поскольку последние обладают капиталом, сопоставимым с бюджетом некоторых государств. Данная концепция, безусловно, не соответствует интересам Российской Федерации, которая придерживается трактовки ситуаций, относимых к транснациональному праву, как ситуаций, подпадающих под действие норм международного права и международного частного права.

Библиографический список

Бахин С.В. Субправо = Sub law. СПб. 2000.

Броунли Я. Международное право. Книга первая. М., 1977.

Вельяминов Г.М. Россия и глобализация // Россия в глобальной политике. 2006. № 3.

Г.М. Вельяминов Международное экономическое право и процесс. М.: WoltersKluwer, 2004.

Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник. М., Международные отношения. 2001.

Ковалев А.А. Международное экономическое право и правовое регулирование международной экономической деятельности. М., 2007.

Королев М.А. Наднациональность с точки зрения международного права // Московский журнал международного права. 1997. № 2.

Международная правосубъектность (некоторые вопросы теории) / Отв. ред. Д.И. Фельдман. М., 1971.

Тункин Г.И. Идеологическая борьба и международное право. М., 1967.

Шумилов В.М. Международное экономическое право в контексте глобализации мировой экономики (проблемы теории и практики): Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 2001.

Berger K. P. The new Law merchant and the global market place – A 21st century view of transnational commercial law. 2001.

Calliess, Gralf-Peter. Reflexive Transnational Law: The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law // Zeitschrift für Rechtssoziologie 23 (2002), Heft 2.

Jenks C. W. Mulrinarional Entities in the Law of Nations.//International Law in a Changing World. publ. in cooper. with the UN. 1963.

Philip C. Jessup. Transnational law. New Haven. 1956.

Transnational law in a changing society. N.Y. and London. Columbia Univ. press.//ed. by W. Friedmann, L. Henkin and O. Lissitzyn. 1972

W. Friedmann. The changing structure of international law. L. 1964.

The Problem of Transnational Corporation's Legal Personality in the International Law Doctrine
(Summary)

Mikhail R. Berandze[*]

The intensifying international relations have affected changes, increase, and creation of new kinds of commercial interaction forms by multinational structures. For years, legal science have been seeking legal instruments, regulating international commercial relations. With the undergoing change and complexity of forms, subjects and objects, the international relations are not regulated neither by international law, nor national law. Thus, the problem of searching the new legal mechanisms, sufficient for legal regulation of the international relations, appears.

The American international law doctrine, in the person of Philip C. Jessup, found a theory of "transnational law". Due to the increasing impact of international economic relations and with the growing role of transnational corporations this theory has evolved. The main conclusion of the article is that the circle of international law subjects should not be expanded arbitrarily. Mainly, it should be noticed in view of the jurists' attempts to provide legal entities with international legal personality.

Keywords: transnational law; TNC's legal personality; Code of Conduct for TNCs; "diagonal" relations.

---

[*] Mikhail R. Berandze – post-graduate student of the Chair of International Law of the Diplomatic Academy MFA Russia. mberadze@yandex.ru.

Проблема частноправового способа защиты конкурентных отношений в праве Европейского союза

Горбачев В.А.[*]

Суд ЕС в своих решениях[1] от 2001 и 2006 гг. подтвердил, что любой гражданин или предприятие, которым причинен ущерб вследствие нарушения каким-либо субъектом предпринимательской деятельности антимонопольного законодательства ЕС (ст. 81 и 82 Договора об образовании ЕС), должны иметь право на требование компенсации причиненных убытков от стороны, их причинившей. Данное право гарантировано правом ЕС. Несмотря на существующее требование по созданию эффективной правовой основы, которая позволяла бы реализовать эти права, на практике стороны, понесшие убытки вследствие нарушения антимонопольного законодательства ЕС, редко добиваются их компенсации. В статье рассмотрены новые тенденции в антимонопольном законодательстве ЕС, политике, судебных решениях в частноправовой сфере защиты нарушенных прав, а также компенсации причиненного ущерба сторонам, пострадавшим от незаконных соглашений, действий и поведения, которые подпадают под действие ст. 81 и 82 Договора об образовании ЕС.

Ключевые слова: частноправовая защита конкурентных отношений; право на компенсацию убытков вследствие нарушения конкуренции; исковая давность; антимонопольное законодательство; ответственность за нарушение ст. 81 и 82 Договора об образовании ЕС.

В законодательстве многих стран сложилась комплексная отрасль, которую принято называть «правом конкуренции», регулирующим отношения между конкурентами по рынку, складывающиеся в интересах поиска, сохранения и приумножения клиентуры. Указанная комплексная отрасль законодательства включает нормы гражданского, торго-

[*] Горбачев Вячеслав Александрович – соискатель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ. vyacheslavg@hotmail.com.

[1] Case C-453/99, Courage and Crehan, [2001] ECR I-6297, and Joined Cases C-295−298/04, Manfredi, [2006] ECR I-6619.

вого, административного, уголовного, гражданско-процессуального и административно-процессуального права[2].

Особенностью правового регулирования конкурентных отношений в Европейском союзе, в отличие, например, от США[3], является доминирование публично-правовых норм в регулировании конкуренции. В ЕС доминирование публично-правовых норм возникло вследствие объективной ситуации, при которой нормы права конкуренции и конкуренция как таковая использовались государствами – членами ЕС и наднациональными государственными органами ЕС как средство интеграции рынков и стран, а также как средство эффективного экономического развития. Поэтому такое доминирование представляется вполне обоснованным на первоначальном этапе становления ЕС и развития конкуренции как таковой.

В настоящее время одним из приоритетов конкурентной политике становится поддержание и развитие конкуренции в странах ЕС и на общем рынке ЕС. В этой связи возникла необходимость переосмысления роли частноправового подхода к регулированию, развитию и защите конкурентных отношений. Анализ действующего конкурентного законодательства, а также судебной практики со всей очевидностью показывает, что частноправовые способы защиты, развития и регулирования конкурентных отношений в ЕС недооценены и механизмы их реализации недостаточно проработаны с материально-правовой и процессуальной точек зрения[4].

В одном из своих решений Суд ЕС указал: «Несмотря на то, что существуют определенные судебные решения, в ЕС практика рассмотрения исков, предъявленных участниками экономической деятельности

---

[2] Зименкова О.Н. Регулирование конкурентной монополистической деятельности // Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. 1. М.: Международные отношения, 2004. 286 с.

[3] С момента принятия Закона Клейтона в 1914 году частноправовой способ защиты прав является важным оружием в борьбе с антиконкурентным поведением в соответствии с антитрастовым законодательством США. Суды США и органы, ответственные за антимонопольную политику, давно признают, что решительное применение антимонопольного законодательства посредством частноправовой защиты прав дополняет публично-правовой способ и значительно повышает сдерживающий эффект нарушения конкуренции. Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response for Public Comment of the Commission of the European Communities on Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules, April 2006. 3 p.

[4] В частности, Суд ЕС признал эту проблему в делах Courage and Crehan, Case C-453/99 ECR I-6297 and Joined Cases C-295 – 298/04, Manfredi, [2006] ECR I-6619 и призвал Европейскую комиссию разработать механизмы для реализации данных прав.

(как физическими, так и юридическими лицами) о нарушении антимонопольного законодательства, все еще находится в стадии становления или по меньшей мере не практикуется в тех формах и масштабах, как в известных юрисдикциях, особенно в США, где около 90% исков о нарушении антимонопольного законодательства предъявляются субъектами экономической деятельности (физическими или юридическими лицами), а также рядовыми гражданами-потребителями. В ЕС акцент традиционно делался на реализацию антимонопольного законодательства со стороны национальных антимонопольных органов и антимонопольных органов ЕС»[5].

Для реализации частноправовых способов защиты конкурентных отношений недостаточно лишь наличия антимонопольных законов, т.к. они в основном нацелены на публично-правовой способ развития и защиты конкуренции. Соответственно, необходимо создание и развитие целой системы частноправовых способов защиты и восстановления прав, нарушенных вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

Как отмечается целым рядом исследователей права ЕС, необходимость разработки довольно специфических правовых подходов к решению этих вопросов обусловлена следующим:

а) нарушение антимонопольного законодательства может затронуть интересы как конкретных потребителей, так и большого неограниченного круга лиц;

б) очень сложно подсчитать причиненные убытки, а также доказать их размер[6];

в) обычное антимонопольное разбирательство носит сложный процессуальный характер;

г) возникает проблема с доступом третьих лиц к конфиденциальной информации сторон, которые предполагаются нарушившими антимонопольное законодательство;

---

[5] Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

[6] В связи с этим возникает вопрос: может ли сторона, которая понесла убытки вследствие нарушения антимонопольного законодательства, также требовать и компенсации упущенной выгоды? Об этом более подробно см.: White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008.COM (2008) 165 final.

д) возникает проблема с защитой интересов большого числа как определенных, так и неопределенных конечных потребителей – граждан. В частности, в качестве предварительного вопроса следует выяснить, может ли физическое лицо предъявить иск о возмещении причиненных ему убытков или такие иски должны предъявляться только заинтересованными организациями, действующими в интересах потребителей, например обществами по защите прав потребителей и т.п. Общества по защите прав потребителей вправе предъявлять групповые иски в защиту неопределенного числа потребителей, так называемые class actions;

е) возникает целый ряд вопросов:

– В какой момент заинтересованная сторона может предъявить иск о восстановлении нарушенного права и о возмещении убытков?

– С какого периода времени или события начинается течение срока исковой давности?

– Может ли срок исковой давности быть увеличен, сокращен или прерван и по каким основаниям?

– Может ли сторона, которая была признана виновной в нарушении антимонопольного законодательства, требовать возмещения убытков от стороны, которая также участвовала в договорах, прямо запрещенных антимонопольным законодательством?

– Может ли подобная денежная компенсация убытков негативно сказаться на общих экономических и конкурентных условиях в ЕС?

Указанный перечень возникающих вопросов нельзя считать исчерпывающим. Однако все эти вопросы можно попытаться подразделить на две взаимозависимые группы:

а) вопросы, связанные с компенсацией причиненных убытков стороне, непосредственно принимавшей участие в нарушении антимонопольного законодательства;

б) вопросы, связанные с компенсацией причиненных убытков стороне, пострадавшей вследствие неправомерных действий третьих лиц;

Компенсация причиненных убытков стороне, непосредственно принимавшей участие в нарушении антимонопольного законодательства

Постановка данной проблемы является неоднозначной. Вправе ли сторона, сама участвовавшая в соглашении, признанном автоматически недействительным (ничтожным), требовать компенсации

понесенных ею убытков? В этой связи возникает значительное количество гипотетических ситуаций, которое невозможно даже приблизительно очертить. Тем не менее судебная практика ЕС и США выработала определенные правовые позиции по подобным спорам.

Так, в деле Inntrepreneur Pub Company (CPC) and others v. Crehan[7] Суд ЕС принял решение преюдициального характера. По обстоятельствам рассматривавшегося дела в 1990 году произошло слияние компании Courage, владевшей 19% рынка Великобритании по продаже пива, и компании Grand Metropolitan plc, которая специализировалась в сфере предоставления услуг питания и гостиничного бизнеса. В результате реорганизации двух компаний путем слияния была создана компания Inntrepreneur Estates Ltd, чьи акции были распределены в равных долях между ее учредителями. Созданная компания предоставляла в аренду помещения, а также поставляла пиво сторонам, которые арендовали помещения компании. Между арендодателем (Inntrepreneur Estates Ltd) и арендатором был заключен договор, в котором оговаривались условия аренды и по которому арендатор имел право ежегодно пересматривать цену аренды помещения. В этом же договоре устанавливалась обязанность арендатора приобретать пиво у арендодателя по строго оговоренной фиксированной цене. Фиксированная цена не подлежала пересмотру. Данное соглашение нарушало ст. 81 Договора об образовании ЕС (устанавливалась жесткая фиксация цен), и, соответственно, автоматически (per se) становилось недействительным (ст. 81(2). Однако сторона, заключившая подобное соглашение в 1991 году (господин Bernard Crehan), отказалась осуществлять платежи за поставленную продукцию, ссылаясь на то, что поставщик (арендодатель) продавал такое же пиво третьим лицам на иных, более выгодных условиях, тем самым ставя г-на Бернара в заведомо невыгодное экономическое положение.

В 1993 году Inntrepreneur Estates Ltd был подан в Великобритании иск против Bernard Crehan, в котором истец требовал оплатить поставленную продукцию на установленных договором условиях. Однако ответчик Bernard Crehan предъявил встречный иск о возмещении ему убытков, ссылаясь на то, что заключенное соглашение нарушало ст. 81 Договора об образовании ЕС[8].

---

[7] Case C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others.

[8] В этой связи интересной представляется позиция Генерального прокурора ЕС, который представлял дело в Суде ЕС со стороны Европейской комиссии: «…Стороны

Суд в Великобритании принял следующее решение по этому делу: «Право Англии не позволяет стороне, заключившей незаконное соглашение, требовать возмещения от контрагента по договору причиненного ущерба»[9]. На этом основании суд в иске Bernard Crehan отказал, мотивируя свое решение тем, что заключенное соглашение нарушало ст. 81 Договора об образовании ЕС и стороны в соглашении сами являются нарушителями антимонопольного законодательства, а не сторонами, пострадавшими вследствие нарушения антимонопольного законодательства со стороны третьих лиц.

Представляется, что подобное решение вполне обоснованно, т.к. иное решение не было бы основано на законе. Гипотетически можно предположить, что удовлетворение иска судом означало бы, что стороны могут заключать недействительные (ничтожные) соглашения, а после их расторжения или признания их недействительными взаимно требовать компенсацию причиненных убытков на законных основаниях.

Тем не менее истец – Bernard Crehan – решил в порядке оспаривания вынесенного решения обратиться с апелляционной жалобой в Апелляционный суд Англии, требуя пересмотра дела и обосновывая свою позицию ссылкой на судебный прецедент, сформулированный Верховным судом США по делу Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp[10].

Однако Апелляционный суд Англии принял решение об обращении в Суд ЕС для выяснения его правовой позиции, которая по обще-

---

в антиконкурентном соглашении обычно не могут требовать правовой защиты своих интересов, т.к. они являются причиной заключения соглашения. Это является фактическим принципом применения права, признанного в самых развитых правовых системах, включая правовую систему права ЕС, в соответствии с которой сторона не может получить выгоду от собственных противозаконных действий. Тем не менее мы должны рассмотреть вопрос относительно того, является ли автоматическим нарушением закона сам факт участия в антиконкурентном соглашении. Есть случаи, когда участие в таком соглашении не является очевидным нарушением конкуренции. По моему мнению, критерий, который должен быть использован для того, чтобы определить, нарушала ли сторона в соглашении конкурентные отношения, должна быть мера ответственности, которую несет сторона за нарушение конкуренции». Opinion of Advocate General MISCHO delivered on 22 March 2001, Case C-453/99.

[9] Case C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others. P. 11.

[10] Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp. 392 U.S. 134 (1968). Согласно этому решению, сторона, заключившая антиконкурентное соглашение и находившаяся на момент заключения этого соглашения в более слабой экономической позиции, может подавать иск о компенсации ущерба вследствие заключения такого соглашения.

му правилу носит преюдициальный характер для национальных судов стран – членов ЕС[11].

Рассматривая указанное дело, Суд ЕС постановил[12]:

1. Стороны, заключившие соглашение, нарушающее ст. 81 Договора об образовании ЕС, могут ссылаться на данное соглашение. Таким образом, признается, что стороны соглашения, противоречащего правилам ведения конкуренции, не лишены права основывать свои требования, исходя из условий подобного соглашения, включая и требования о возмещении причиненных убытков.

2. Статья 85 Договора об образовании ЕС устанавливает запрет на включение в национальное законодательство стран – членов ЕС положений, ограничивающих право стороны, заключившей соглашение, нарушающее антимонопольное законодательство, требовать компенсации убытков из этого соглашения лишь на том основании, что она является стороной такого соглашения

3. Антимонопольное законодательство ЕС не устанавливает ограничений для национального законодательства предусматривать недопустимость для стороны ссылок на свои собственные незаконные действия, связанные с ограничением или нарушением конкуренции, для того, чтобы получить компенсацию ущерба, когда установлено, что эта сторона несет значительную ответственность за нарушение конкуренции.

Такое решение Суда ЕС вошло в явное противоречие со сложившейся судебной практикой в странах-членах. Оно также представлялось не отвечающим содержанию ст. 81(2) Договора об образовании ЕС. Будучи столь необычным, данное решение требует пристального к себе внимания.

---

[11] Апелляционный суд Англии просил Суд ЕС дать ответы на следующие вопросы: 1. Может ли сторона, заключившая соглашение, которое запрещено ст. 81 Договора об образовании ЕС, требовать защиты у суда от действий контрагентов по заключенному соглашению? 2. Если ответ Суда ЕС на первый вопрос является утвердительным, то может ли эта сторона требовать компенсации убытков, причиненных от заключенного соглашения? 3. Должно ли применяться национальное законодательство, которое запрещает ссылаться сторонам на незаконное соглашение как необходимое условие для подачи иска о компенсации убытков, как соответствующее общеевропейскому законодательству? 4. Если ответ Суда ЕС на вопрос 3: «При определенных условиях такое применение несовместимо с общеевропейским законодательством», то какие условия должны быть приняты национальными судами во внимание?

[12] Следует отметить, что решение Суда ЕС полностью совпадает с мнением Европейской комиссии по данному вопросу. Более подробно см.: Opinion of Advocate General MISCHO delivered on 22 March 2001, Case C-453/99.

Во-первых, в своей мотивировочной части Суд ЕС указал: «…право ЕС создало свой юридический порядок, который был интегрирован в правовые системы государств – членов ЕС, и национальные суды должны его применять». Соответственно, данная обязанность национальных судов распространяется на рассмотрение дел юридических и физических лиц. Тем самым Суд ЕС подтвердил верховенство права ЕС над национальным законодательством, а также признал равными права физических и юридических лиц (включая права заинтересованных третьих лиц) при рассмотрении таких дел.

Во-вторых, Суд ЕС указал, что положительный эффект применения ст. 81(1) не будет достижим, если право требования компенсации причиненных убытков будет недоступно для любого лица вследствие заключения договора, нарушающего конкурентные отношения, или действий, связанных с ограничением или искажением конкурентных отношений. Изложенная правовая позиция Суда ЕС показывает, что вынесенное решение также направлено на профилактику антиконкурентных действий, тем самым лишая любую из сторон возможности ухода от судебного или административного преследования вследствие заключения антиконкурентного соглашения[13].

В-третьих, Суд ЕС указал на то, что при вынесении судебных решений национальные суды должны сохранять принцип пропорциональности и эффективности, т.е. они вправе отказать стороне в требовании компенсации убытков, если данная компенсация приводит к необоснованному обогащению стороны, нарушившей антимонопольное законодательство.

В-четвертых, Судом ЕС сделан акцент на том, что при оценке антиконкурентного соглашения судами должен учитываться контекст, в котором такое соглашение заключено. Суды должны учитывать свободу воли сторон, положение на рынке и экономическую мощь сторон.

---

[13] Но в этой связи возникает очень сложная ситуация со стороной, которая решила сотрудничать с антимонопольными органами ЕС. В частности, в антимонопольной практике ЕС существует так называемая программа сотрудничества (The leniency programme), согласно которой сторона, добровольно раскрывшая нарушающее конкуренцию соглашение, действие, практику, сговор с другой стороной, может быть полностью или частично освобождена от ответственности за участие в таких действиях. Соответственно, возникает вопрос: будет ли эта сторона освобождена от ответственности? И не будет ли данное решение служить препятствием для сотрудничества субъектов экономической деятельности с антимонопольными органами? Ответа на данные вопросы пока не существует в судебной практике ЕС.

Подлежит исследованию вопрос о том, могла ли сторона не вступать в такой договор, должна ли была она подчиниться другой стороне или пойти на существенные уступки вследствие занимаемой менее сильной экономической позиции на рынке. Иными словами, подлежит исследованию вопрос отсутствия пороков воли стороны. Суд ЕС прямо указал на ситуацию, когда одной из сторон является предприятие, управляющее целой сетью предприятий и соответственно оказывающее кумулятивный эффект на конкуренцию: «В данном случае сторона, заключившая антиконкурентное соглашение со стороной, управляющей сетью, не может нести значительную ответственность за нарушение ст. 81, в частности когда на практике условия договора были навязаны стороной, контролирующей сеть»[14].

1. Подводя итог вышесказанному, можно сделать следующие выводы.Суд ЕС признает особый статус соглашений, ограничивающих конкуренцию, указывая на то, что простое участие в антиконкурентном соглашении не означает автоматического лишения права экономически слабой стороны на защиту и восстановление своих прав. Такой правовой подход должен иметь приоритет перед нормами национального права государств – членов ЕС.

2. Наличие особого подхода как Суда ЕС, так и антимонопольных органов ЕС к антимонопольным соглашениям такого рода обусловлено двумя факторами: а) поддержанием целостности общего рынка ЕС; б) необходимостью приведения национального законодательства в соответствие с общеевропейским.

3. Суд ЕС и антимонопольные органы ЕС подходят достаточно гибко к соглашениям, нарушающим ст. 81 Договора об образовании ЕС. Соответственно, каждое подобное соглашение и ситуация потребуют индивидуального рассмотрения. Практика Суда ЕС подтверждает, что, признавая какие-то соглашения как нарушающие конкурентные отношения, Суд, тем не менее, не лишает экономически более слабую сторону права на истребование компенсации убытков, причиненных ей в результате заключения такого соглашения. Указанный подход применяется Судом ЕС главным образом к соглашениям вертикального типа, заключаемым между головным предприятием и его дистрибуторской или иной сетью.

---

[14] Case C-453/99 Courage Ltd v. Bernard Crehan and Bernard Crehan v. Courage Ltd and Others. P. 34.

4. Запрет определенных типов соглашений, установленных ст. 81(2), не означает, что стороны, заключившие такое соглашение, автоматически лишены прав на защиту своих нарушенных прав и интересов, если соглашение оказалось признанным недействительным.

5. Изменено отношение к частноправовым способам защиты конкурентных отношений, и появляется тенденция применения не только публично-правовых способов защиты конкуренции, но и частноправовых. Частноправовой способ защиты и восстановления нарушенных прав признан не менее эффективным, чем публично-правовой.

Компенсация причиненных убытков стороне, пострадавшей вследствие неправомерных действий третьих лиц

Возможность компенсации убытков от действия третьих лиц (в частности, компенсации убытков вследствие заключенного антиконкурентного соглашения или действий) признана антимонопольными органами и Судом ЕС одним из наиболее действенных факторов по профилактике и предотвращению нарушения конкуренции как таковой: «Иски о компенсации причиненных убытков, подаваемые в национальные суды, могут внести значительный вклад в поддержание эффективной конкуренции в ЕС»[15].

В этой связи возникает вопрос: кто имеет право подать иск о компенсации причиненных убытков со стороны третьих лиц, а также какое основание может быть положено в качестве искового требования – понесенные убытки или незаконно полученная выгода нарушителем антимонопольного законодательства (неосновательное обогащение)?[16]

---

[15] Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 26 January 2006. Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

[16] В этой связи в правовой науке, занимающейся вопросами конкуренции, существует два подхода: а) подача иска вследствие понесенных убытков; б) подача иска вследствие неосновательного обогащения. Эти подходы возникли в США, где система частноправовой защиты в антимонопольной сфере достаточно развита. В основном на сегодняшний момент преобладает теория, основанная на подходах компенсации понесенных убытков: «Экономическая теория, разработанная в США поддерживает подход, что, компенсация убытков должна основываться на потерях, понесенных истцом». – Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response for Public Comment of the Commission of the European Communities on Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules, April 2006.

Ранее уже было отмечено, что Суд ЕС признал, что физические и юридические лица имеют равные права и несут равные обязанности, основанные на нормах антимонопольного законодательства[17]. Отсюда следует, что иск о восстановлении нарушенного права может быть подан любой заинтересованной стороной. Подтверждение этому содержится в одном из решений Суда ЕС: «Инициатива по подаче иска со стороны субъектов экономической деятельности (включая физических лиц и рядовых граждан-потребителей) должна исходить главным образом от тех, чьи интересы защищены антимонопольным законодательством. Граждане-потребители также входят в эту категорию. Основания подачи исков регламентируются в соответствии с законодательством ЕС, национальным процессуальным и частноправовым законодательством»[18].

Основная проблема отсутствия действенного механизма реализации прав такого рода заключена в том, что до недавнего времени антимонопольные органы ЕС не проводили существенного различия между наложением штрафа антимонопольными органами и компенсацией убытков вследствие антиконкурентных действий или соглашений. Считалось, что, административные меры или санкции, которые возлагаются на стороны судами или антимонопольными органами, являются достаточными для восстановления нарушенного права, и прежде всего восстановления нарушенных конкурентных отношений,

---

Тем не менее нужно указать, что данная теория не является универсальной и применяется достаточно избирательно, в зависимости от конкретных обстоятельств дела: «Компенсация в картельных делах, основанная на потерях истца, часто переходит по меньшей мере в дела, связанные с неосновательным обогащением нарушителя. В делах, связанных с потерей бизнеса или его разрушением, потери истца превышают выгоды нарушителя». Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response for Public Comment of the Commission of the European Communities on Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules, April 2006. 23 p.

[17] Отдельные потребители, но также и малый бизнес, особенно те, кто пострадал отдельно и с относительно небольшими убытками, зачастую лишены возможности подать иск о компенсации причиненного ущерба по причинам дороговизны, задержек, неясностей, рисков и обременений, вызванных в этой связи. White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008.COM (2008) 165 final.

[18] Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

хотя частноправовой принцип защиты конкурентных отношении никто собственно не отрицал и не отменял.

Частноправовой и публично-правовой принципы реализации антимонопольного законодательства идут рука об руку и независимы друг от друга. В принципе, они предназначены для различных целей, хотя могут дополнять друг друга. Штрафы, которые могут быть наложены Европейской комиссией (или национальными антимонопольными органами) за нарушение антимонопольного законодательства, выступают в качестве наказания, а также в качестве части общей политики, нацеленной на контроль за деятельностью предприятий; все это служит прежде всего публичным интересам и выступает отдельно от каких-либо частноправовых действий по компенсации причиненных убытков[19].

Подача гражданского иска о возмещении причиненных убытков, в дополнение или отдельно от штрафа, установленного антимонопольными органами, может также повысить предупреждающий эффект. Например, антимонопольное законодательство США предусматривает возможность требования компенсации убытков в тройном размере (treble damages). Без сомнения, возможность требования компенсации в тройном размере увеличит суммы выплат по таким требованиям в разы[20].

Важно понимать, что задачей компенсации за причиненные убытки является не получение экономической выгоды вследствие нарушения конкурентных отношений, а восстановление нарушенного права. Национальное антимонопольное и гражданское законодательство государств – членов ЕС не поддерживает подход, используемый в США[21].

---

[19] Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 26 January 2006. Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

[20] Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 26 January 2006. Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

[21] В Германии, в целом, санкции, направленные на наказание и предотвращение правонарушения, могут быть установлены только в уголовных делах, где специальные процессуальные права в отношении обвиняемого основаны на определенных уголовно-правовых законах, требуемых Конституцией Германии. Штрафные убытки запрещены в соответствии с немецким конституционным законом. В соответствии с этим Немецкий высший региональный суд (в деле OLG Koblenz, decision of 27 June 2005 12 VA 2/04) недавно отказал даже в упоминании в деле одного немецкого ответчика

Европейская комиссия в своем докладе-исследовании, посвященном проблемам эффективной реализации прав на компенсацию убытков вследствие нарушения антимонопольного законодательства, отметила следующее: «Европейская комиссия следует принципу, что правовые основы для более эффективной реализации права на получение компенсации причиненных убытков вследствие нарушения антимонопольного законодательства должны быть основаны на истинно европейском подходе»[22].

Суд ЕС также придерживается этого похода: «Компенсация за причиненный вред, являющийся результатом нарушения европейского законодательства, должна быть равнозначной причиненным убыткам»[23].

Тем не менее в ЕС решение вопроса, связанного с возмещением причиненных убытков, является не совсем однозначным. Так, в одном из своих решений Суд ЕС постановил: «Следуя принципу эффективности и праву лиц требовать компенсации причиненных убытков вследствие заключенного соглашения или действий, которые ограничивают или искажают конкуренцию, это пострадавшее лицо должно иметь право требовать не только компенсацию фактически понесенных убытков, но также компенсацию упущенной выгоды плюс проценты»[24]. Следует отметить, что гражданское законодательство Франции, Германии, Италии и Австрии не поддерживает данный подход Суда ЕС и напрямую противоречит вынесенному решению.

Что является причиной такого противоречия? Ответ на этот вопрос следует искать в целях и задачах национального и общеевропейского законодательства. Обе эти системы права применяются параллельно, и каждая из них выполняет свои задачи. Право ЕС сосредоточено

о возможности взыскания тройного ущерба (treble damages), основанного на Законе Клейтона. Comments of the Section of Antitrust Law and the Section of International Law of the American Bar Association in Response for Public Comment of the Commission of the European Communities on Damage Actions for Breaches of EU Antitrust Rules, April 2006.

[22] White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008.COM (2008) 165 final.

[23] Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

[24] Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

на поддержании и сохранении общего рынка, а национальное законодательство служит целям более узкого характера, в частности регулированию повседневной хозяйственной деятельности предприятий в общеевропейском контексте. Как же должна решаться данная коллизия? Суд ЕС четко указал на приоритет права ЕС над национальным законодательством: «Верховенство права ЕС требует, что любое положение национального законодательства, которое противоречит праву ЕС, не должно быть применено вне зависимости от того, было ли оно принято до или после принятия соответствующих норм права ЕС»[25].

Другой вопрос, который возникает в связи с компенсацией причиненных убытков, – это начало течения сроков исковой давности, а именно: начинается ли исчисление сроков по подаче исков с момента заключения антиконкурентного соглашения, действия или поведения или исчисление срока исковой давности начинается с момента установления и прекращения нарушения закона со стороны антимонопольных органов или суда[26]? Проблема в том, что общеевропейское законодательство вообще не содержит каких-либо норм об исковой давности в гражданско-правовых отношениях: «Единственные сроки исковой давности, которые предусматриваются европейским законодательством, установлены Регламентом 1/2003 и Регламентом 2988/74[27], но они применяются при публично-правовом способе регулирования конкурентных отношений со стороны антимонопольных органов. Они не являются релевантными к гражданско-правовым искам по возмещению причиненных убытков, которые подаются в национальных судах»[28].

---

[25] Case C-198/01 CIF [2003] ECR I – 8055 paragraph 48.

[26] Для большинства национальных правовых систем срок исковой давности начинает течь с момента, когда определенное требование уже «созрело» или, иными словами, может быть предъявлено к принудительному исполнению со стороны должника. Однако если считать такой подход отвечающим интересам обеих сторон данного правоотношения, остается весьма актуальной проблема применения исковой давности к требованиям, в отношении которых момент их возникновения не сможет быть обнаружен до того, как истек срок исковой давности, который должен исчисляться с момента их возникновения. – Комаров А.С., Васильев Е.А. Исковая давность // Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. Ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. 1. М.: Международные отношения, 2004. 301 с.

[27] Council Regulation (EEC) No 2988/74 of 26 November 1974 (OJ L 319, 29.11.1974, p.1).

[28] Opinion of Advocate General Geelhoed delivered on 26 January 2006. Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

В праве ЕС порядок подачи, процедуры и сроки для установления исковой давности должны определяться национальным законодательством государств – членов ЕС[29].

Заслуживает внимания подход, который предлагается использовать в этой связи Европейской комиссией. В частности, предлагается следующее:

1. В случае продолжительного и неоднократного нарушения конкуренции срок исковой давности не может начать течь до того дня, пока такое нарушение не будет прекращено.

2. Срок исковой давности течет со дня, когда сторона, которой причинены убытки вследствие нарушения антимонопольного законодательства, узнала или должна была узнать об этом.

3. Указанные выше правила не могут полностью защитить права стороны, которой были причинены убытки. В частности, это касается ситуаций, когда идет судебное разбирательство или расследование Европейской комиссии. В этом случае у пострадавшей стороны остается мало времени для подсчета причиненных убытков и подачи иска как такового. С учетом этого Европейская комиссия предлагает приостановить течение срока исковой давности до окончания рассмотрения дела уполномоченными органами.

4. Европейской комиссией предлагается установить единые общеевропейские сроки исковой давности для дел данной категории в два года после вынесения окончательного решения по рассматриваемым делам[30].

Другой важный вопрос, который возникает вследствие нарушения антимонопольного законодательства как результат заключения антиконкурентного соглашения или осуществления антиконкурентной практики, – это возможность пострадавшей стороны (особенно для рядовых граждан-потребителей) основываться на данном правонарушении.

---

[29] В отсутствие законов ЕС, регулирующих данные вопросы, правовая система каждого государства – члена ЕС должна устанавливать сроки исковой давности для сторон, требующих компенсации причиненного вреда вследствие заключенного соглашения или действий, запрещенных ст. 81 Договора об образовании ЕС, при условии, что соблюдены и гарантированы принципы эквивалентности и эффективности. Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

[30] White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008.COM (2008) 165 final.

В своем решении Суд ЕС постановил, что ст. 81 должна быть истолкована с тем смыслом, что третьи стороны с доказанным юридическим интересом могут основывать свой иск на недействительности соглашений, которые запрещены в соответствии со ст. 81 и могут требовать возмещение убытков, если есть причинно-следственная связь между запрещенным соглашением или ограничительной практикой и понесенными убытками[31]. И в этой связи возникает проблема «вины» нарушителей антимонопольного законодательства: т.е. является ли вина нарушителя одним из юридических фактов, на основании которого потерпевшая сторона может требовать компенсации причиненных убытков.

Если с заключенными договорами, которые сразу (per see) признаются недействительными согласно ст. 81(2), есть ясность, то с действиями и поведением, которые запрещены и которые не оформлены в письменном виде, существует проблема доказательства вины. В странах– членах ЕС нет однозначного подхода к решению данной проблемы. Антимонопольное законодательство некоторых стран ЕС не требует наличия доказанности вины для получения компенсации вследствие причиненного вреда, некоторые же страны-члены устанавливают достаточно ограниченные или незначительные требования для наличия доказанности вины.

Относительно подхода Европейской якомиссии можно отметить следующее: «Европейская якомиссия не видит причин для освобождения нарушителя антимонопольного законодательства от ответственности на основании того, что отсутствует вина, кроме случаев, когда нарушитель допустил простительную ошибку»[32]. Простительной ошибкой считается ситуация, когда соответствующее лицо, предприняв высокую степень заботы, не могло осознавать, что такое поведение ограничивает конкуренцию.

Подводя итоги, можно сделать следующие выводы:

1) правовая доктрина ЕС признает равенство прав юридических и физических лиц на получение компенсации вследствие нарушения ст. 81 и 82. В настоящее время идет процесс пересмотра правовых концепций и подходов относительно получения предприятиями

[31] Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04 and C-298/04.Vincenzo Manfredi (C295/04) v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Antonio Cannito (C-296/04) v. Fondiaria Sai Assicurazioni SpA and Nicolo Tricario (C-297/04 Pasqualina Murgolo (C-298/04) v. Assitalia Assicurazioni SpA.

[32] White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Commission of the European Communities, Brussels, 2.4.2008.COM (2008) 165 final.

и физическими лицами компенсации причиненных убытков вследствие нарушения антимонопольного законодательства на основании ст. 81 и 82;

2) национальное антимонопольное законодательство государств – членов ЕС и общеевропейское антимонопольное законодательство по-разному подходят к решению вопроса относительно размера компенсации причиненных убытков. В частности, Суд ЕС допускает возможность компенсации причиненного вреда, упущенной выгоды и процентов. Национальное же законодательство стран ЕС зачастую выступает против этого, считая, что должен работать лишь принцип компенсации причиненных убытков, а компенсация упущенной выгоды и процентов является неосновательным обогащением. Но, исходя из доктрины верховенства права ЕС над национальным законодательством, можно сделать вывод о том, что подход, используемый Судом ЕС, будет распространен на правовую систему национальных законодательств стран ЕС;

3) в праве ЕС отсутствует правило, устанавливающее течение сроков исковой давности по делам, нарушающим конкурентные отношения. Установление начала течения сроков исковой давности осуществляется в соответствии с национальным законодательством стран – членов ЕС. Данный подход представляется спорным, т.к. конкурентные отношения в настоящее время носят транснациональный характер, где зачастую возникает проблема с определением национальной правовой системы, которая должна быть применена. Помимо этого, национальное антимонопольное законодательство стран – членов ЕС не содержит четких норм, устанавливающих течение срока исковой давности для дел данной категории. Европейская комиссия предлагает установить единые сроки исчисления исковой давности для соглашений и действий, нарушающих конкурентные отношения, – 2 года с момента окончания нарушения конкуренции;

4) для того чтобы право было восстановлено после нарушения антимонопольного законодательства, стороне, подающей иск о восстановлении нарушенного права, не обязательно доказывать вину нарушителя антимонопольного законодательства. Достаточно лишь доказать свой экономический и правовой интерес, а также причинно-следственную связь между действиями нарушителя и понесенными убытками вследствие таких действий.

Библиографический список

Зименкова О.Н. Регулирование конкурентной монополистической деятельности // Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. 1. М.: Международные отношения, 2004.

Комаров А.С., Васильев Е.А. Исковая давность // Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. 1. М.: Международные отношения, 2004.

Problems of Private Law Protection of Competition in the EC Law (Summary)

Vyacheslav A. Gorbachev[*]

The European Court of Justice recalled in its decisions in 2001 and 2006 that any citizen or business who suffers harm as a result of a breach of EC antitrust rules (Articles 81 and 82 of the EC Treaty) must be able to claim reparation from the party who caused the damage. This right of victims to compensation is guaranteed by Community law. However, despite the requirement to establish an effective legal framework turning exercising the right to damages into a realistic possibility, to date in practice victims of EC antitrust infringements only rarely obtain reparation of the harm suffered. The article considers the newest tendencies of the EC antitrust legislation and policy, courts decisions in the field of private actions for compensation of damages to the parties suffered from illegal agreements, actions and behavior that falls within the Articles 81 and 82 of the EC Treaty.

Keywords: private law protection of competition; right to damages actions for breach of competition; limitation of action; antitrust law (competition law); responsibility for breaches of articles 81 and 82 of the EU Treaty.

[*] Vyacheslav A. Gorbachev – post-graduate student of the Chair of International Private and Civil Law, MGIMO-University MFA Russia. vyacheslavg@hotmail.com.

КНИЖНАЯ ПОЛКА

Handbook of International Humanitarian Law (Руководство по международному гуманитарному праву / Под ред. Дитера Флека. 2-е изд. Оксфорд, 2008. 770 с.)

Рецензия

*Русинова В.Н.**

В рецензии на вышедшее под редакцией Д. Флека «Руководство по международному гуманитарному праву» проводится сравнительный анализ первого и второго издания «Руководства», отмечаются достоинства этого научного труда и делаются некоторые критические замечания. В целом, даётся положительная оценка изменению концепции составления «Руководства», которое из пособия для немецких вооружённых сил было трансформировано в «универсальное современное руководство для вооружённых сил», обладающее не только прикладным значением, но и являющееся фундаментальным трудом, который может быть использован в процессе научной разработки различных проблем международного гуманитарного права, а также в учебном процессе.

Ключевые слова: международное гуманитарное право; вооружённый конфликт; комбатанты; гражданское население; военные преступления.

В 2008 г. вышло в свет второе издание получившего широкую известность «Руководства по международному гуманитарному праву»

* Вера Николаевна Русинова – к.ю.н., LL.M. (Göttingen), заведующая кафедрой международного и европейского права юридического факультета Российского государственного университета имени И. Канта. verarusinova@gmail.com.

под редакцией доктора Дитера Флека, который долгое время являлся руководителем департамента международных соглашений и политики Министерства обороны ФРГ. Первое издание, выпущенное на немецком языке в 1994 г. и на английском языке в 1995 г., представляло собой комментарий к «Руководству по международному гуманитарному праву для вооруженных сил Германии». Благодаря скрупулезной проработке авторами договорных и обычных норм, судебных решений, научной литературы, а также критическому анализу поведения сторон в различных вооруженных конфликтах, «Руководство по международному гуманитарному праву» в скором времени стало одним из часто цитируемых трудов в этой области международного права.

После опубликования первого издания «Руководства» произошло большое количество событий, которые оказали влияние на развитие международного гуманитарного права. Это разработка и вступление в силу Римского статута, учреждающего Международный уголовный суд, активная правоприменительная деятельность международных трибуналов *ad hoc* по бывшей Югославии и по Руанде, создание и работа интернационализированных судов в Косово, Восточном Тиморе, Камбодже, Сьерра-Леоне. Кроме того, за последнее десятилетие международное гуманитарное право буквально подверглось проверке на прочность в связи с началом так называемой «войны с терроризмом», когда была поставлена под сомнение способность этой отрасли международного права отвечать на вызовы современных вооруженных конфликтов. Сфера применения международного гуманитарного права, статус «незаконных комбатантов», правомерность использования тактики «целенаправленных убийств», сроки и условия задержания и интернирования, вовлечение гражданских лиц в военные действия, в том числе использование «человеческих щитов», а также обращение к услугам частных охранных и военных предприятий – вот далеко не полный список тем, приобретших проблемное звучание за последние годы. Кроме того, появились и новые нормативно-правовые акты, направленные на защиту жертв вооруженных конфликтов, а также ограничение средств и методов ведения войны: Оттавская конвенция о запрещении применения, накопления запасов, производства и передачи противопехотных мин и об их уничтожении (1997 г.), Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах (2000 г.), Третий дополнительный протокол к Женевским конвенциям (2005 г.)

Однако новизна второго издания «Руководства по международному гуманитарному праву» состоит не только в проработке и анализе произошедших за последнее десятилетие изменений, но и в том, что была изменена сама концепция публикации: в новом издании авторы отошли от комментирования положений немецкого руководства по международному гуманитарному праву и сформулировали, а затем растолковали правила, совокупность которых представляет собой универсальное современное руководство для вооруженных сил. Это нововведение позволило существенно пересмотреть содержание «Руководства по международному гуманитарному праву». Важно при этом, что форма подачи материала осталась прежней: содержание глав разбито на пункты, состоящие из специально выделенных другим шрифтом **правил**, снабженных комментариями. Такая методика изложения материала очень удобна для читателя. С одной стороны, она позволяет, ознакомившись только с правилами, сформировать представление о содержании норм, действующих в соответствующей области общественных отношений. С другой стороны, данное издание является фундаментальным трудом, на который можно опираться и в учебном процессе, и в процессе научной разработки различных проблем международного гуманитарного права. Среди основных достоинств «Руководства»: проблемно-ориентированный стиль изложения материала, наличие у каждого тематического блока введения, содержащего основные вехи исторического развития соответствующего института, подкрепление комментариев к правилам полезными ссылками на специальную литературу, правовые акты, судебные решения, экспертные заключения и другие источники и, наконец, обширный библиографический список, приведенный в конце «Руководства».

Несомненный залог успеха как первого, так и второго издания кроется в том, что Д. Флеку удалось собрать очень авторитетный коллектив ученых и практиков, среди которых представители Международного Комитета Красного Креста, Организации Объединенных Наций, военных ведомств различных стран. Кроме того, в «Руководстве» проанализированы нормы не только международного гуманитарного права в узком смысле, но и других отраслей международного права, применимых в вооруженных конфликтах, среди них международное право в области защиты прав человека, международное уголовное право, право международной ответственности и правила, определяющие статус миротворческих сил. При этом «Руководство по международному гуманитарному

праву» основано на выверенном и гармоничном подходе к описанию соотношения норм международного гуманитарного права и международного права в области прав человека, которое в соответствии с толкованием, которое дал Международный суд ООН в консультативном заключении о правомерности и правовых последствиях возведения стены на оккупированных Палестинских территориях, не может быть раскрыто только через конструкцию *lex specialis* и *lege generali*[1].

Излагая ту или иную тему, авторы постоянно обращаются к подготовительным материалам международных договоров, что во многих случаях позволяет понять, какие идеи повлекли за собой включение в текст соответствующих формулировок. К примеру, в главе, посвященной статусу комбатантов и некомбатантов, профессор К. Ипсен, ссылаясь на процесс разработки текста протокола, указывает на необходимость ограничительного толкования п. 3 ст. 44 Первого дополнительного протокола 1977 г., который, как известно, снижает планку требований, предъявляемых к лицам, принимающим непосредственное участие в военных действиях, которые, тем не менее, квалифицируются в качестве комбатантов[2]. В частности, он указывает на то, что эта уступка распространяется не на все международные конфликты, а только на случаи борьбы против иностранной оккупации, расистских и колониальных режимов. В главе «Право немеждународных конфликтов» именно через обращение к *travaux preperatoires* Д. Флек освещает достаточно сложный и спорный вопрос о соотношении сферы применения общей статьи 3 Женевских конвенций 1949 г., Второго Дополнительного протокола 1977 г. и пункта 2 (е) статьи 8 Римского статута Международного уголовного суда[3].

С особой тщательностью авторы «Руководства по международному гуманитарному праву» подходят и к использованию специальных терминов. Так, именно в этом издании можно найти предельно корректное проведение границы между комбатантами и некомбатантами (под которыми понимаются лица, входящие в состав вооруженных сил, но не являющиеся «сражающимися»: военные судьи и прокуроры, «голубые воротнички» и т.д.)[4], что представляет большую ценность

[1] International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, Para. 106, http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf

[2] The Handbook of International Humanitarian Law / Ed. by D. Fleck. Oxford, 2008. P. 91–92.

[3] Handbook… P. 610, 611.

[4] Handbook… P. 96–106.

в свете того, что на страницах научных и учебно-методических изданий термин «некомбатанты» зачастую употребляется в смысле «все, кто не относится к комбатантам». Другой пример связан с понятием «незаконные комбатанты». В «Руководстве» последовательно доказывается некорректность его использования и отмечается необходимость употребления термина «непривилегированные комбатанты» для обозначения лиц, принимающих непосредственное участие в военных действиях, не будучи наделенными статусом комбатантов[5].

В то же время анализ содержания «Руководства», как и любого научного труда, который не является простой систематизацией действующих правил, а представляет авторскую позицию его составителей, наводит и на некоторые критические размышления.

Во-первых, излишне ограничительным представляется подход авторов к определению понятия «вооруженный конфликт». В качестве правила в «Руководстве» указывается: «Международный конфликт существует, если одно государство использует вооруженную силу в отношении другого… Использования вооруженной силы отдельными лицами или группами лиц недостаточно»[6]. Не оспаривая, что *jus in bello* применимо вне зависимости от *jus ad bellum*, мы тем не менее не можем отрицать, что последний блок норм оказывает влияние на толкование понятия «вооруженный конфликт» в рамках международного гуманитарного права. Исходя из этого, при ответе на вопрос, что является международным вооруженным конфликтом, нельзя не обратиться к Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН «Определение агрессии», в п. «g» ст. 3 которой указано, что под понятие агрессии подпадают не только действия самих государств непосредственно, но и засылка государством или от имени государства вооруженных банд, групп и регулярных сил или наемников, которые осуществляют акты применения вооруженной силы против другого государства, носящие столь серьезный характер, что это равносильно действиям регулярных вооруженных сил[7]. Получается, что если последствия, к примеру, террористического акта, позволяют сделать подобное сравнение, то существует возможность признать такие действия вооруженным конфликтом, при условии, однако, что поведение этой террористической группы можно будет вменить государству.

---

[5] Handbook… P. 82, 83.

[6] Handbook… P. 46.

[7] «Определение агрессии», утв. Резолюцией 3314 (XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1974 г.

В отношении понятия и классификации вооруженных конфликтов необходимо отметить и другой аспект. В целом текст «Руководства по международному гуманитарному праву» выдержан в достаточно критической манере, и в свете этого не совсем понятно, почему, давая квалификацию различным современным вооруженным конфликтам, Д. Флек подробно анализирует конфликт в Афганистане, начавшийся в 2003 г., Ливано-Израильский конфликт 2006 г., а затем, переходя к Палестино-Израильскому, указывает на решение Верховного суда Израиля по вопросу правомерности целенаправленных убийств, уклоняясь от ответа на вопрос, как, по мнению автора, необходимо квалифицировать эту, безусловно, комплексную и во многом противоречивую ситуацию[8].

Во-вторых, вызывает сомнения обоснованность утверждения профессора К. Гринвуда о том, что «основные правила международного гуманитарного права являются классическими примерами императивных норм (*jus cogens*), в силу этого любое правило, которое противоречит данным правилам, будет ничтожно»[9]. Представляется, что вынесение такого положения в разряд «правил» «Руководства» несколько опережает реальное развитие событий и вряд ли может считаться обоснованным[10]. Действительно, в комментарии Комиссии международного права к ст. 40 Проекта Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния говорится о том, что «основные правила международного гуманитарного права, применимые в вооруженном конфликте», могли бы тоже быть отнесены к императивным нормам[11]. При этом ссылка делается на консультативное заключение Международного суда ООН о правомерности угрозы или применения ядерного оружия[12]. Но, хотя в пар. 79 консультативного заключения Международный суд и соглашается с тем, что важнейшие нормы международного гуманитарного права представляют собой «непреложные (*intransgressible*) принципы международного обычного права», в итоге

---

[8] Handbook… P. 607, 608.

[9] Handbook… P. 39.

[10] Ср.: Drohla J. Dieter Fleck (ed.). The Handbook of the International Humanitarian Law (2nd Ed.). Review // European Journal of International Law. Vol. 20. № 1. 2009. P. 233–235.

[11] Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Commentary to Art. 40 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. P. 113, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

[12] International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf

Суд делает вывод только о том, что основные положения международного гуманитарного права приобрели характер международных обычаев, и прямо указывает на то, что выяснение, являются ли такие нормы *jus cogens* или нет, не относится к предмету рассмотрения по направленному Генеральной Ассамблеей запросу. Принимая во внимание значение, которое придается нормам *jus cogens*, необходимо более детально и осторожно подходить к отнесению тех или иных норм к императивным. Из правила, сформулированного в «Руководстве по международному гуманитарному праву», и комментария к нему не ясно, что следует понимать под базовыми или основополагающими правилами: запрет совершения деяний, которые квалифицируются как военные преступления? Основные принципы международного гуманитарного права? Вне всяких сомнений, вопрос о том, какие нормы являются императивными, был и остается дискуссионным, однако выводы об императивном характере базовых правил международного гуманитарного права, сделанные в «Руководстве», были бы более весомыми, если бы эти нормы были по меньшей мере перечислены в его тексте.

В-третьих, одной из актуальнейших проблем международного гуманитарного права является определение объема понятия «непосредственное участие в военных действиях», от которого зависит статус индивида в вооруженном конфликте. Авторы «Руководства», признавая важность этой темы, к сожалению, не представляют в тексте детального анализа содержания этого понятия, указывая лишь на то, что под эгидой Международного Комитета Красного Креста работает группа экспертов, которая занимается подготовкой Руководства по толкованию понятия «непосредственное участие в военных действиях»[13]. В июне 2009 г. это руководство по толкованию вышло в свет[14], однако позиция авторского коллектива, возглавляемого Д. Флеком, не обязательно должна совпадать с мнением, представленным в руководстве МККК, и включение такого анализа в рецензируемое издание, несомненно, могло бы обогатить научную дискуссию.

В-четвертых, в главе «Уголовные и дисциплинарные меры», как и в первом издании, не представлен полный анализ состава преступлений: изложение сущности военных преступлений ограничивается в основном только объективной стороной деяний, в то время как большое

---

[13] Handbook… P. 262.

[14] Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law

значение имеет информация о действующих нормах права, регулирующих субъективную сторону военных преступлений, а также основания освобождения от ответственности.

Не вызывает сомнений то, что написать руководство для вооруженных сил, которое одновременно представляло бы такую научную ценность, как анализируемое издание, чрезвычайно сложно. Чрезвычайно сложно и пытаться объединить в единый свод все современные международно-правовые правила, применимые в вооруженных конфликтах, учитывая то, какое количество норм нуждается в толковании и детализации. Поэтому колоссальный труд, проделанный авторами «Руководства по международному гуманитарному праву» и лично Д. Флеком, заслуживает только одного восклицания: «*Lege artis!*».

Handbook of International Humanitarian Law (Dieter Fleck (ed.) 2nd Ed. Oxford, 2008. 770 p.) Review (Summary)

Vera N. Rusinova[*]

Review on the "Handbook of International Humanitarian Law" (Ed. D. Fleck) contains the comparative analysis of the first and the second edition of the "Handbook". It highlights the advantages of this treatise and draws attention to some disputable issues. A positive evaluation is given to the transformation of the concept of the "Handbook" from a commented manual for German military to the "modern universal handbook for the military forces", which has not only a practical importance, but could also be used in the research on different problems of International Humanitarian Law and in the study process.

Keywords: International Humanitarian Law; armed conflict; combatants; civil population; war crimes.

[*] Vera N. Rusinova – Ph.D. in Law, LL.M. (Göttingen); head of the Chair of International and European Law, Immanuel Kant State University of Russia. verarusinova@gmail.com.

ЮБИЛЕЙ

Славный юбилей видного ученого и дипломата Колосова Ю.М.

7 сентября 2009 года исполнилось 75 лет заслуженному деятелю науки Российской Федерации, доктору юридических наук, профессору, члену Научного Совета при министре иностранных дел РФ, Чрезвычайному и полномочному посланнику, вице-президенту Российской ассоциации международного права, основателю и бессменному главному редактору Московского журнала международного права Юрию Михайловичу Колосову.

Эти годы были исполнены значимыми свершениями, снискавшими Юрию Михайловичу Колосову заслуженный международный авторитет и уважение многочисленных друзей, соратников и учеников.

В далекие 50-е годы прошлого столетия простой ленинградский паренек бесстрашно ринулся на покорение высот науки, поступив в одно из самых престижных учебных заведений мира – Московский государственный институт международных отношений. Ю.М. Колосов принадлежит к той плеяде выпускников МГИМО (Университета) МИД России, которые составили цвет советской и российской дипломатии.

Все годы своей сознательной жизни Юрий Михайлович отдает служению Отечеству. С его именем связано становление и теоретические оценки международного космического права, международного права массовой информации, международной защиты прав человека; всесторонняя глубокая проработка национальных позиций по важнейшим международным проблемам, что позволило достойно защищать интересы государства на международной арене.

Многие годы работая в Комитете ООН по космосу, Ю.М. Колосов явился главным соавтором проектов практически всех существующих договоров в области космического права. Весом вклад Юрия Михайловича в разработку такой сложнейшей проблемы, как ответственность

государств. Разносторонность Ю.М. Колосова была востребована и в такой области, как разоружение. Работая в составе российской делегации, он принимал деятельное творческое участие в адаптации Договора об обычных вооруженных силах в Европе к новым политическим реалиям. Все это позволяло нашей стране отстаивать прогрессивные принципы сотрудничества государств в обозначенных областях.

Глубокие фундаментальные знания, умение твердо отстаивать принципиальные позиции были высоко оценены международным сообществом. Ю.М. Колосов избирался в состав Комитета ООН по правам ребенка и Комитета ООН по экономическим, социальным и культурным правам. Он является действительным членом Международной академии астронавтики; членом Международного института космического права; членом Постоянной палаты третейского суда в Гааге. Его консультации по международному праву востребованы в исследовательских проектах РАН, на сессиях международных организаций.

17 лет Ю.М. Колосов возглавлял кафедру международного права МГИМО (У) МИД России и сегодня, как профессор этой кафедры, завораживает молодую аудиторию. Им подготовлены сотни юристов-международников, десятки кандидатов юридических наук, большая группа доцентов, профессоров, в том числе тех, которые достойно вместе с ним выполняют сегодня нелегкую преподавательскую работу. Возглавляя в течение многих лет диссертационный совет по юридическим наукам при МГИМО, Ю.М. Колосов дал путевку в науку целой плеяде ученых, успешно развивающих отечественную доктрину международного права.

Российские и международные специалисты знают и ценят труды юбиляра, количество которых превысило 250 наименований. Они опубликованы и в России, и за границей.

Поистине неоценим вклад Ю.М. Колосова в становление и развитие Московского журнала международного права, ставшего под его руководством одним из наиболее авторитетных юридических изданий, площадкой научного сотрудничества и состязательности идей. В журнале публикуются труды не только видных юристов-международников, но и молодых исследователей международного права.

Хотелось бы от имени всего читательского сообщества пожелать Юрию Михайловичу Колосову здоровья, бодрости духа, творческого долголетия, новых достижений в продвижении отечественной доктрины международного права и в его преподавании!

Кафедра международного права
МГИМО (У) МИД РФ

Редколлегия Московского журнала международного права

НП «Содействие редакционной деятельности МЖМП»

Получатель платежа Р/с № 40703810400000000066

в КБ «Метрополь» БИК 044579692

Корреспондентский. счет. №30101810900000000692

в отделении 4 Московского ГТУ Банка России.

ИНН 7729406178 Код ОКАТО: 45268581000

Наименование платежа:	Дата	Цена
подписка на МЖМП 2010		1280 рублей
(4 номера).		

Плательщик:

НП «Содействие редакционной деятельности МЖМП»

Получатель платежа Р/с № 40703810400000000066

в КБ «Метрополь» БИК 044579692

Корреспондентский. счет. №30101810900000000692

в отделении 4 Московского ГТУ Банка России.

ИНН 7729406178 Код ОКАТО: 45268581000

Наименование платежа:	Дата	Цена
подписка на МЖМП 2010		1280 рублей
(4 номера).		

Плательщик:

Подробнее об условиях подписки читайте на сайте МЖМП – www.mjil.ru