

**Воронежский государственный
университет**

**Кафедра международного
и европейского права**

**Международно-правовые
ЧТЕНИЯ**

Выпуск 12

**Воронеж
2014**

ВОРОНЕЖСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Кафедра международного и европейского права

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ЧТЕНИЯ

Выпуск 12

www.intlawvsu.ru

[intl@-vsu@yandex.ru](mailto:intlaw-vs@yandex.ru)

Воронеж

2014

VORONEZH STATE UNIVERSITY
Chair of International and European law

INTERNATIONAL LAW READINGS

Volume 12

www.intlawvsu.ru

[intl@vsu@yandex.ru](mailto:intlaw-vs@yandex.ru)

Voronezh

2014

ББК 67.91

М43

Редакционная коллегия:

Отв. ред. — д-р юрид. наук, проф. П. Н. Бирюков

e-mail: birukovpn@yandex.ru

Отв. секретарь — канд. юрид. наук, доцент Д. В. Галушко

e-mail: galushko@law.vsu.ru

Международно-правовые чтения / отв. ред. П. Н. Бирюков. —
Воронеж: ВГУ, 2014. — Вып. 12. — 358 с.

ISSN 2311-1992

Настоящий сборник издаётся по материалам действующей с 2002 года научной секции при кафедре международного и европейского права Воронежского государственного университета. В него включены статьи и тезисы докладов преподавателей, аспирантов, соискателей и студентов юридического факультета ВГУ и других вузов.

Для преподавателей и студентов юридических факультетов, практических работников, лиц, интересующихся вопросами международного, европейского и зарубежного права.

Статьи приводятся в авторской редакции.

ISSN 2311-1992

© Коллектив авторов, 2014.

Editorial board:

Editor-in-chief—doctor of legal science, professor

P. N. Biriukov, e-mail: birukovpn@yandex.ru

Executive editor—candidate of legal science, associate professor

D. V. Galushko, e-mail: galushko@law.vsu.ru

International law readings / ed. P. N. Biriukov. — Voronezh: VSU,
2014. — Vol. 12. — 358 p.

ISSN 2311-1992

This collection of articles is published on the basis of materials which were presented at the academic section of the Chair of International and European Law, Voronezh State University. It includes articles and abstracts of faculty members, postgraduate students, and students of the Law Faculty of the Voronezh State University as well as other universities.

For teachers and law students of law faculties, practitioners, and other people, who are interested in International, European and foreign law.

Articles are published in the author's edition.

ISSN 2311-1992

© Composite authors, 2014.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

ОТВЕТСТВЕННЫЙ РЕДАКТОР

Павел Бирюков — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права ВГУ (Россия).

ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

Дмитрий Галушко — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного и европейского права ВГУ (Россия).

ЧЛЕНЫ СОВЕТА

Алина Кажоровска — доктор наук, профессор Университета Западных Индий (Барбадос).

Альберто Кости — доктор наук, профессор Университета Веллингтона (Новая Зеландия).

Андреас Донач — ординарный профессор, доктор наук, заведующий кафедрой уголовного права и процесса Школы права Цюрихского университета (Швейцария).

Дерек Аверре — доктор наук, профессор Центра исследования России и Восточной Европы, Школы исследований правительства и общества Университета Бирмингема (Великобритания).

Пьер Тифин — доктор наук, профессор Университета Лотарингии (Франция).

Райко Кнеж — доктор наук, профессор Факультета права Университета Марибора (Словения).

Франк Альтмёллер — доктор наук, профессор Университета прикладных наук и исследований в Гарце (Германия).

Хана Хорак — доктор наук, профессор Факультета экономики и бизнеса Университета Загреба (Хорватия).

Юн Жао — доктор наук, профессор, директор Центра китайского права Университета Гонконга (Китай).

EDITORIAL TEAM

EDITOR-IN-CHIEF

Pavel Biriukov—doctor of legal science, professor, and head of the International and European law chair at the VSU (*Russia*).

EXECUTIVE EDITOR

Galushko Dmitriy—candidate of legal science, associate professor at the chair of International and European law, VSU (*Russia*).

MEMBERS

Alina Kaczorowska—PhD, professor of European Law, University of the West Indies (*Barbados*).

Alberto Costi—LL.M, associate professor in International Law at Victoria University School of Law in Wellington (*New Zealand*).

Andreas Donatsch—Dr. iur., full-time professor (“Ordinarius”) for criminal law and criminal procedure at the University of Zurich School of Law (*Switzerland*).

Derek Averre—Dr., senior lecturer at the Centre for Russian and East European Studies School of Government and Society University of Birmingham (*Great Britain*).

Frank Altemöller—Dr. jur., professor for International, European and German Economic Law at the University of Applied Studies and Research in Harz (*Germany*).

Hana Horak—Prof., dr.sc. at Faculty of Economics and Business University of Zagreb (*Croatia*).

Pierre Tifine—Dr., professor of Public Law at UFR Droit, Economie et Administration Metz, Université de Lorraine (*France*).

Rajko Knez—PhD, full professor at the Faculty of Law University of Maribor (*Slovenia*).

Yun Zhao—PhD, professor, director of the Center for Chinese Law at The University of Hong Kong (*China*).

ОГЛАВЛЕНИЕ

ЧАСТЬ I. Международное и европейское право

Александрова Е. С. Ещё раз к вопросу легитимности права на сецессию: демократическое право на самоопределение vs децентрализация государства? 16

Biriukov P. N. On the principles of regulation of legal entities in the EU law 27

Воробьев М. В. Опосредованная гарантия уплаты таможенных платежей в ЕС 42

Галушко Д. В. Принцип запрета применения силы и угрозы силой: история становления и международно-правового закрепления 50

Донцов П. В. Международные отношения Канады и Европейского Союза: правовое регулирование 66

Иванов Э. А. Антикоррупционный комплаенс-контроль в российских компаниях 86

Кашкин С. Ю., Молчанов Н. А. Европейская политика безопасности и обороны после Лиссабонского договора: новеллы и тенденции 102

Ключников А. Ю. Проблемы и перспективы вступления Европейского Союза в Конвенцию о защите основных прав человека и основных свобод 1950 г. 123

Лясковец А. В., Сизов А. А. Критерий допустимости доказательств, полученных на территории иностранного государства 135

ЧАСТЬ II. Колонка зарубежного автора

Costi A. Climate Change and the Legal Status of a Disappearing State in 140
International Law

Deshko L. The Supreme Court of Ukraine in the system of domestic 178
remedies which require the exhaustion in Ukraine when everyone
handling in international judicial institutions and bodies of
international organizations

Донач А., Самерс С. Прекращение производства по уголовному 186
делу при отсутствии доказательств по законодательству
Швейцарии

Polunina T. Act of God in marine insurance: definition and legal 203
analysis

Tymofeyeva A. Protocol № 7 to the European Convention on human 221
rights: Thirty Years of Experience

Turičnik E. The discretion, the obligation and exceptions under the 247
preliminary ruling procedure

Yakubovska N. Legal basis for the EU external and financing aid 274
financing

ЧАСТЬ III. Трибуна молодых учёных

Грибкова В. В. О правовом статусе недвижимости в Словении 290

Николаев А. Н. Особый порядок судебного разбирательства и 299
рецидив

Пирумян А. В. Понятие международного «мягкого права» и его 306
имплементация во внутреннее законодательство: практический

взгляд на проблему	
Сарычев Д. В. Государственное устройство Бельгии	320
Сорокина К. В. Современные способы защиты авторских прав на результаты интеллектуальной деятельности в сети Интернет	332
Третьякова М. А. О международно-правовой охране прав изготовителей фонограмм	343
<i>Центр европейского и международного права ВГУ</i>	353
<i>Правила оформления статей</i>	355

CONTENTS

PART I. International and European law

- Aleksandrova E. S.** Once again to the question of legitimacy of a right to secession: democratic right to self-determination VS decentralization of a state? 16
- Biriukov P. N.** On the principles of regulation of legal entities in the EU law 27
- Vorobjev M. V.** Indirect guarantee for customs payments in the EU 42
- Galushko D. V.** The principle of non-use of force and threat of force: history of development and fixation in international law 50
- Dontsov P. V.** International cooperation between Canada and EU: legal regulation 66
- Ivanov E. A.** Anti-corruption compliance control in Russian companies 86
- Kashkin S. Ju., Molchanov N. A.** European security and defence policy after the Lisbon treaty: novelties and trends 102
- Klyuchnikov A. Ju.** Problems and prospects of the EU entry to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms of 1950 123
- Lyaskovets A. V., Sizov A. A.** The criterion for the admissibility of evidence obtained in the territory of a foreign state 135

PART II. Column of foreign authors.

- Costi A.** Climate Change and the Legal Status of a Disappearing State in International Law 140

Deshko L. The Supreme Court of Ukraine in the system of domestic remedies which require the exhaustion in Ukraine when everyone handling in international judicial institutions and bodies of international organizations	178
Donatsch A., Summers S. Concluding Criminal Proceedings in the Absence of an Assessment of the Evidence in Swiss Criminal Procedure Law	186
Polunina T. Act of God in marine insurance: definition and legal analysis	203
Tymofeyeva A. Protocol № 7 to the European Convention on human rights: Thirty Years of Experience	221
Turičnik E. The discretion, the obligation and exceptions under the preliminary ruling procedure	247
Yakubovska N. Legal basis for the EU external and financing aid financing	274

PART III. The tribune of a young scientist

Gribkova V. V. On the legal status of real estate in Slovenia	290
Nikolaev A. N. The special order of proceeding and relapse	299
Pirumyan A. V. Conception of international “soft law” and its implementation in domestic law: a practical perspective on the problem	306
Sarychev D. V. The state structure of Belgium	320
Sorokina K. V. Modern safety methods of authors' rights on the results of intellectual activity on the Internet	332
Tretyakova M. A. On the international law protection of sound records	343

manufacture's rights

Centre of International and European law in the VSU

353

Instructions for Manuscript Submission

355

ЧАСТЬ I. Международное и европейское право

ЕЩЕ РАЗ К ВОПРОСУ ЛЕГИТИМНОСТИ ПРАВА НА СЕЦЕССИЮ: ДЕМОКРАТИЧЕСКОЕ ПРАВО НА САМООПРЕДЕЛЕНИЕ VS ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЯ ГОСУДАРСТВА?

Елена Александрова*

Аннотация. Интересы государства выражаются в стремлении сохранить свою территориальную целостность и суверенность зачастую вопреки политическим и гражданским правам собственного населения. Право народов на самоопределение в форме сецессии, с одной стороны, отражает степень демократичности государственного территориального управления, с другой стороны, провоцирует децентрализацию государства. Необходимо проанализировать правовую основу легитимности сецессии в современном международном праве.

Ключевые слова: сецессия, децентрализация, территориальная целостность, право на самоопределение.

* Александрова Елена Сергеевна, аспирант кафедры теории государства и права и международного права Института государства и права Тюменского государственного университета. E-mail: mylanaa@mail.ru

ONCE AGAIN TO THE QUESTION OF LEGITIMACY OF A RIGHT TO SECESSION: DEMOCRATIC RIGHT TO SELF-DETERMINATION VS DECENTRALIZATION OF A STATE?

Elena Aleksandrova*

Abstract. The state interests are within the objectives for saving its territorial integrity and sovereignty in violation of political and civil rights its population. On the one hand, the people's right for self-determination at the secession form reflects the democratization level of a state territorial management; on the other hand, it provokes the state decentralization. It is necessary to analyze the legal basis for secession within contemporary public international law.

Key words: secession, decentralization, territorial integrity, right to self-determination.

Сецессия — форма реализации права на самоопределение, выражающаяся в стремлении определенной территориальной единицы государства отделиться с целью образования нового государства с присущими ему признаками. Право на отделение выражает волю социальной группы в стремлении создать собственное государство (демократическое право), однако подрывает территориальную целостность государства, от которого отделяется (децентрализация).

* Aleksandrova Elena, Postgraduate student of the Department of Theory of State and Law and International Law of the Institute of State and Law, Tyumen State University. E-mail: mylenaa@mail.ru

История международных отношений знает множество примеров образования государств через сецессию. Распад государств происходил как «естественным» путем как следствие кризиса государственного управления (например, распад Римской, Османской, Австро-Венгерской империй), так и «искусственным путем» через подрыв национальной безопасности или в результате военного конфликта (например, образование Косово, Восточного Тимора, Бангладеш, Южной Осетии, Абхазии). В настоящее время сецессия представляет собой разновидность сепаратизма, не имеющую под собой международно-правовой базы, но признаваемой легитимной только в случае «крайнего» способа защиты фундаментальных гражданских и политических прав в ответ на дискриминацию или геноцид определенной социальной группы со стороны правительства («правозащитная» сецессия).

Изначально появившийся во время Великой французской революции принцип народов на самоопределение подразумевал правомерность образования наций-государств и сформировал политическую карту мира к началу XX века. Позднее в 14 пунктах Вильсона он был официально признан в качестве демократического и приобрел правовой статус только после окончания второй мировой войны, будучи закрепленным в Уставе Организации Объединенных Наций, Декларации о предоставлении независимости колониальным странам и народам 1960 года, Пактах о правах человека 1966 года, Декларации о принципах международного права 1970 года и, наконец, в

Заключительном акте СБСЕ 1975 года, где его толкование оформилось в виде «права свободно распоряжаться своей судьбой» (ст. 8)¹.

После окончания второй мировой войны право на самоопределение применялось в контексте деколонизации, то есть «политической эмансипации» бывших колоний от государств-метрополий, оставляя позади принцип территориальной целостности государства. Основные международно-правовые акты, решения ГА ООН, международные судебные решения толковали это право в качестве нормы *jus cogens*, сделав правомерным образование новых государств из бывших колоний, что вновь изменило политическую карту мира.

Однако это право не исчерпало себя в процессе деколонизации, но спровоцировало дальнейшую децентрализацию государств, никогда не являвшимися колониями. Распад Югославии, СССР, Чехословакии в начале 1990-х годов изменил не только его толкования, но институт признания новых государств. Так, в Заключениях № 1 и № 10 Арбитражной комиссии, созданной Международной конференцией по Югославии в 1991 году, отмечено, что существование или прекращение существования государства — вопрос факта (*a question of fact*), а признание со стороны других государств считается вопросом декларативным (*purely declaratory*) (п. 1а)². Действительно, существование нового государства представляется затруднительным без его интеграции в международные процессы, что невозможно без его признания в качестве субъекта международно-правовых отношений со

¹ Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе. Хельсинки, 1975 год // URL: <http://www.osce.org/ru/mc/39505?download=true> (дата посещения: 01.03.2014).

² Opinion 1 and 10 of the Arbitration Commission of the International Conference on Yugoslavia // International Legal Materials. 1992. Vol.31. №6. P. 1495, 1526.

стороны других государств³. Признав новое государство, образованное путем сецессии, государства признают способ его образования, что может косвенным образом подорвать собственную территориальную целостность, особенно в случае присутствия внутригосударственных предпосылок к отделению. Как должны вести себя государства в отношении отделившейся территории, если нет правовой базы для ее признания в качестве государства в современном международном праве?

Принятая в 1933 году в Монтевидео (Уругвай) Межамериканская конвенция прав и обязанностей государств обозначила критерии государственности. Согласно положениям ст. 1 государство как субъект международного права должно обладать следующими признаками: а) постоянным населением; б) определенной территорией; в) правительством; г) способностью вступать в отношения с другими государствами⁴. Территория должна иметь четкие границы, население — выражать коллективную волю через органы публичной власти, политическая власть с властным аппаратом — осуществлять эффективное управление населением и территорией без влияния извне и свободно вступать в международные отношения с другими субъектами международного права.

Применяя указанные критерии к образовавшимся государствам Косово, Южная Осетия, Абхазия, можно заметить, что их создание сопровождалось геополитическими играми заинтересованных государств, что отразилось в «перекрестном» признании и непризнании

³ Маммадов У. Ю. Некоторые вопросы теории и практики признания государств в современном международном праве // Российский юридический журнал. 2012. № 6. С. 72.

⁴ Convention on rights and Duties of States // URL: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html> (дата посещения: 01.03.2014).

указанных территорий в качестве новых субъектов международного права. Очевидно, что «государства стремятся оправдать свои правомерные и неправомерные действия, вызывающие международный резонанс, с помощью международного права»⁵, ссылаясь на защиту национального меньшинства или обязательства в международных организациях. Именно по причине отсутствия в современном международном праве правового механизма образования государств через сецессию право на самоопределение приобрело политическую окраску и стало воспринимать как «угроза стабильности, миру и безопасности в различных регионах мира»⁶.

Отметим признанные основания для образования государства в форме сецессии⁷:

1. Ликвидация последствий несправедливой аннексии, восстановление статуса «нетитульной» нации. Необходимо доказать, что отделяющаяся территория исторически принадлежала конкретной нации и была незаконно с применением силы или угрозы захвачена (например, конфликт между странами Балтии и СССР, Ираком и Кувейтом, между Германией и Францией).

2. Дискриминация в распределении ресурсов и отказ в обеспечении представительства народа в органах государственной власти. В данном случае нации следует доказать, что государство

⁵ Marochkin S.Yu. On the Recent Development of International Law: Some Russian Perspectives // Chinese journal of International Law. 2009. Vol. 8. No 3. P. 695-714.

⁶ См.: Маммадов У. Ю. Указ. Соч. С.72; Бирюков П. Н. Международное право: учебник. М.: Юрайт, глава 6 и др.

⁷ Хайрова Г. С. Сецессия — право народов или крайняя мера? // [Официальный сайт Свердловской областной универсальной научной библиотеке им. В. Г. Белинского] / Материалы XI Всероссийской научно-практической конференции Гуманитарного университета 10-11 апреля 2008 года. Том второй. С. 170-174. URL: <http://book.uraic.ru/project/conf/txt/009/2-2008.pdf> (дата обращения: 24.07.2012).

проводит несправедливую экономическую политику, которая наносит систематический ущерб группам людей ради пользы других (например, южные штаты США, страна Басков в Испании, Биафра в Нигерии).

3. Геноцид (насильственное лишение жизни нации) или угроза жизни. Это основание одно из наиболее распространенных и противоречивых, поскольку не все государства признают геноцид (например, армян турками в 1915 году, русских финнами в 1918 году, геноцид азербайджанцев армянами в 1918 году). Зачастую государства «защищают» свою территорию принципом невмешательства во внутренние дела (Сербия в отношении Косово, Грузия — Южная Осетия и Абхазия). Речь идет об уничтожении культуры, идентичности, самобытности определенной нации, народа, то есть нарушение фундаментального демократического права — права на жизнь.

4. Исчерпание всех возможностей для внутреннего самоопределения — т.е. невозможность находиться в составе федерации (государства-метрополии) в качестве административно-территориальной единицы (например, Тибет в составе КНР)⁸.

5. Наличие соответствующей резолюции ООН, признание большинством субъектов международного права легитимности выхода из состава государства-метрополии (например, Резолюция ГА ООН № 1244 по вопросу признания независимости Косово)⁹.

6. Наличие в конституции государства возможности выхода из состава субъекта, как это было предусмотрено в конституциях СССР,

⁸ Безбородов Ю. С. Международно-правовые аспекты Тибетского конфликта // Российский юридический журнал. 2010. № 2. С 47-51.

⁹ Кудряшова И.В. Внешнее управление как фактор легитимации новых государств: «Республика Косово» // [Официальный сайт Вестника МГИМО-Университета] / Кудряшова И.В. [М., 2010. № 3(18)]. URL: http://www.vestnik.mgimo.ru/fileserver/18/26_Kudryashova.pdf (дата обращения: 24.07.2012).
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014. 22

СФРЮ (1974 г.), Бирмы (1947 г.), Чехословакии (1969 г.), Эфиопии (1994 г.).

Будучи «производным» от права на самоопределение, право на сецессию не имеет четкого субъектного состава. Изначально субъектом являлась «нация», однако интерпретация термина менялась под воздействием исторических и миграционных процессов. Данное И.В. Сталиным в работе «Марксизм и национальный вопрос» определение до сих пор сохраняет свою актуальность: «Нация есть исторически сложившаяся устойчивая общность людей, возникшая на базе общности языка, территории, экономической жизни и психического склада, проявляющегося в общности культуры»¹⁰. Интересно, что, несмотря на интерпретацию международного права как *jus gentium (law of nations)* — право наций, а, значит, «межнациональное право») на русский язык термин «нация» подменяется термином «народы». В специальном докладе ЮНЕСКО, принятом на Международной встрече экспертов по будущему изучению концепта народов в 1989 году, выделили ряд критерий, по которым группу населения можно отнести к «народу»:

1. «группа индивидов, обладающая ... общей исторической традицией, расовой или этнической идентичностью, культурной однородностью, языковым единством, религиозным или идеологическим родством, территориальными связями, общей экономической жизнью;

2. группа должна представлять собой совокупность индивидов, желающих быть многочисленной группой (например, народ микро-государств);

¹⁰ Сталин И. В. Сочинения. — Т. 2. — М.: ОГИЗ; Государственное издательство политической литературы, 1946. С. 296.

3. группа ... должна иметь волю для осознания себя в качестве народа или уже имеет самосознание;

4. группа должна проявлять свою идентичность и иметь своих представителей»¹¹.

Неопределенность в интерпретации терминов в международном праве затрудняет применение права на самоопределение. Если на момент признания права народов на самоопределение (*the people's right for self-determination*) под «народом» понималось «колониально зависимое население», то в настоящее время под термином «people» может пониматься любая социальная группа (национальное меньшинство, коренное население, население административно-территориальной единицы и т.п.). Первым «ненациональным» субъектом, решившим воспользоваться правом на внешнее самоопределение, было население канадской провинции Квебек в 1998 году. Правительство Канады организовало референдум, по итогам которого 51% населения выступил против отделения, а 49% — за. Наконец, Высший Суд Канады в своем Решении выделил три основания для внешнего самоопределения: 1) неотъемлемое право колониальных народов на провозглашение независимости через реализацию своего права на самоопределение; 2) реализация внешнего самоопределения народами, подвергающимися «подчинению, доминированию и эксплуатации со стороны чужой власти вне колониальной зависимости»; 3) «в случае недопущения народа к полноценной реализации права на самоопределение внутри государства, право на

¹¹ International Meeting of Experts on Further Study of the Concept of the Rights of Peoples, convened by UNESCO. Paris 27-30 November 1989, SHS-89/CONF.602/7, para.22-23. URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000851/085152eo.pdf> (дата обращения: 17.11.2013).

сецессию выступает как последнее средство их реализации»¹². Суд заключил, что право на внешнее самоопределение легитимно только в случае «отсутствия у отделяющейся группы свободного доступа к государственному управлению для осуществления своего политического, экономического, социального развития». Поскольку дискриминация Правительством Канады населения провинции Квебек отсутствовала, доступ к осуществлению гражданских и политических прав населения не был ограничен, Суд отказал Квебеку в правомерности выхода из состава Канады.

Однако не все правительства готовы провести референдум и допустить отделения свой части с образованием нового соседа. Методы «сдерживания» территории могут варьироваться от легитимных до военных (например, попытка отделения Чечни от Российской Федерации, Тибета от КНР, Нагорного Карабаха от Азербайджана и т.п.). Поскольку образование нового государства предполагает экономическую, политическую и правовую самодостаточность, государства будут использовать все методы по недопущению обретения этой самодостаточности своим административно-территориальным единицам даже при условии формирования самосознания и политической воли социальной группы. Право на сецессию может выступить сдерживающим механизмом при угрозе распада государства только в том случае, если происходит равномерное распределение ресурсов внутри государства и национальная политика выстраивается на основе демократических принципов и соблюдении политических и

¹² Reference of re secession of Quebec [1998] 2 SCR 217 — 1998-08-20 // Официальный сайт Высшего Суда Канады. URL : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1643/1/document.do> (дата посещения: 15.02.2013).

гражданских прав. В этом случае будут отсутствовать причины для «правозащитной сецессии» и снизится уровень децентрализации внутри государства.

Наконец, отсутствие в современном международном праве легитимных оснований для сецессии и порядка образования и признания государства путем сецессии провоцирует попытки политических игроков пересмотреть существующие государственные границы, создает международную напряженность и подрывает основы международной безопасности.

ON THE PRINCIPLES OF REGULATION OF LEGAL ENTITIES IN THE EU LAW

Pavel Biriukov*

Abstract. This article describes basic principles of harmonization of EU law. The author explores various ways of the unification of EU law in the field of the internal market. In the article the author focuses on the various aspects of the right of establishment of companies in the EU. The author focuses on the EU directives in the field of business activity. Specifically studied EU instruments in the field of disclosure of information.

Keywords: EU law; freedom of establishment; legal entities in the EU; methods of approximation and unification of domestic law EU states; harmonization of company law of EU members.

Introduction

Freedom of establishment, which means that citizens of EU-members have right to live and run business activity on the territory of the whole European Union is one of the main principles of internal (common) market in European Union. Legal bodies, which are profit-making organizations and, as we know, are EU legal subjects, also have such right. In terms of article 48 of TEU companies and firms, established according to the law of one of the member countries, enjoy the freedom of establishment equally to citizens of European Union.

* Pavel Biriukov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the International and European Law Department, Voronezh State University.

According to the provisions of chapter 2, title III of the third TEU there are following main objectives of regulation of legal bodies in the EU law:

- a) to guarantee the freedom of establishment of legal bodies, abolishing the restrictions of creating of branch offices, representative offices and subsidiary undertakings on the territory of any member country on the conditions of national regime of the country;
- b) to establish minimum of requirements to the legal bodies, first of all, guarantying equal security for all the members and creditors of legal bodies all over the European Union;
- c) to mitigate activity of transeuropean companies by abolishing obstacles caused by difference in national legal systems;
- d) to stimulate cooperation between legal bodies from different member countries in all the spheres of business activity.

The following political institutions play the main role in the policy formulating and policy making in the field of company law in the EU: Council of the European Union, European Parliament and European Commission.

Initially, to pass a Directive (according to § 2 article 44 TEU (§ 3 article 58 Treaty of European Economic Community) there was needed an advisory procedure. Now it is replaced by procedure of cooperative decision-making. It is important that for acceptance of a Directive in the field of company law qualified majority in the Council of the European Union is enough (§ 3 article 47 TEU). The opinion of Economic and Social Committee is required for decision making as well. Directorate-General for Internal Market and Services deals with problems of company law, financial reports and audit in the structure of European Commission. Court of Justice of the European

Union addressed to problems of legal bodies in its judicial decisions several times, although such precedents are quite rare.

Actions of legal bodies are regulated not just by statutory documents of company law itself, but by other branches of law too. The most important provisions are written in the set of anti-trust laws which are taken into account by lots of companies, especially big ones. Besides, some statements of local legislation about direct taxation are balanced by Directives in the field of tax law of the EU. Finally, in the field of regulation employment relations there are statutory acts related to the sphere of social (labour) rights of European law.

1. Methods of approximation and unification of domestic law of EU Members

Nowadays legal regulation of legal bodies in the law of the European Union is fractional and auxiliary: it annexes existing national regulation in definite questions. That is the real context for discussing the EU company law. This branch of EU law develops slowly and meets a lot of obstacles caused by, first of all, big difference between local laws of member countries. So, for better understanding of hold by EU institutions projects connected with harmonization and unification of local legislation, it is recommended to get to know at least with legislation of the biggest member countries (Germany, France and Great Britain).

Even brief analysis of regulation of legal bodies actions in the law of member countries shows big difference between local legislation which still exist. Obviously, such difference is quite often becomes an obstacle in the

way of formation of EU inner market. Legal body possesses legal capacity in such a case and such a degree it stated in definite local legal framework.

This circumstance leads to many problems traditionally connected with the sphere of international private law: lack of reciprocal recognition of legal bodies, difference in the volume of their legal capacity and requirements, and, finally, diversity of localizers, defining nationality of legal bodies. These problems are topic issues in the EU inner market, which should provide equal conditions for all legal bodies established by means of local laws.

Existence of such principal differences in the national company legislation shaping for centuries means also that it will be difficult even to approximate local laws, nothing to say about unification of some issues of legal bodies regulation. Also the EU institutions have rights to act only within the corporate memorandum, which still do not provide enough opportunities for full-rate supranational EU company law. As a whole legal bodies regulation within the European Union is lead on national level.

The EU law of legal bodies is subsidiary and acts through the Directives, passed on the basis of the provisions spoken above (§2 article 44 TEU). Until legal bodies will be primarily legal entities of national law and, just secondary—entities of the EU law, their regulation from the part of the Union will be limited by harmonization of regulation of certain questions or institutions issuing Directives.

Legal bodies establish by means of the EU law are completely new phenomenon. The demand for realization of the principles of the inner market and special order are the basis for their legitimation, and, in their case the proportion of supranational and national norms is just the opposite.

The EU regulations are more important here, while national law regulates such new types of legal bodies just subsidiary and only if it is written in the regulation. The regulations accepted on the framework of law unification are not based on a definite provision of the memorandum of trading partnership and freedom of establishment, but on the general provision of article 308 of TEU.

With the communitarian ways of elimination of difference between national legislations—harmonization and unification—the EU institutions use international legal methods. Conventions concluded by all the member states on the article 293 TEU, undoubtedly, are connected with European Community law and order, being a special form of source of law of the EU. In 1968 Brussels Convention on mutual acknowledgement of legal bodies was signed. Being disputable it was not ratified by all member countries. And during the following 30 years there has been no progress in dealing with such an important problem. Another example of using international treaty within the EU company law is European Union Convention on Bankruptcy which was not issued. However, newly obtained authority given by the Amsterdam Treaty (article 65 TEU), lead to acceptance of Council Regulation, each word of which repeated the provisions of last project of the Convention dated by 1995.

The EU legislation in the field of company law faces profit-making legal bodies judicable in one of member countries. The problem is that the meaning of the term “legal body” and its characteristics differ from each other in the legislation of different countries. So we should work with term “companies and firms” stated in TEU.

Further in the chapter there will be used term “trading partnership” to name legal bodies without saying about their national identity who work within the freedom of establishment.

Freedom of establishment spreads upon a legal body possessing definite characteristics, which are the following according to one of the provisions of article 48 TEU:

- 1) It is established within the legislation of one of the member countries;
- 2) It is recognized as a legal body according to *lex societatis*;
- 3) At least one of the factors should be situated on the territory of the EU: registered address, management authority or the main place of business-making;
- 4) Profit-making orientation.

Still it does not matter if it was established according to civil or trade law of the member-country. According to the article 48 of TEU legal bodies of public law also belong to trading partnership (if they do not fall into exception §1 article 45 TEU on executing functions of public authority).

Limited liability partnership, especially corporations prevailing in the economy of the developed countries, was chosen as an object of harmonization of local legislation. On the one hand, in the vast majority of cases, it is their business which runs trans-border activity, and the other hand their responsibility is limited just by nominal capital. It is of importance that set requirements refer to all trading partnership, not just to those ones who participate in international trade, have foreign stockholders, etc.

The vast majority of Directives is applied to limited liability corporations. They usually include three types of partnership: stock corporations, limited liability stock corporations and joint-stock commandities.

All the three types of partnership exist in the law of Germany, France, Belgium, some countries of the South Europe, while, for instance, in Finland and Sweden is known to have just one type of stock corporations. In the Netherlands there is administered activity of closed stock corporations. Finally, in the Great Britain and Ireland legislations the categories of limited liability trading partnership are joined under the term “companies incorporated with limited liability”. As a substitute for stock corporations they have “public company limited by shares” and “public company limited by guarantee and having a shared capital”, when limited liability corporations analogue is “private company limited by shares” or “private company limited by guarantee”.

2. Harmonization of company law of EU members

The Directives aimed on harmonization of local legislation became the main instrument in regulation of legal bodies. In terms of §1 article 54 of the Treaty establishing the European Economic Community in the original wording The Council was empowered to pass by a solid vote the Common program for the abolition of restrictions on the freedom of establishment. That program was issued in 1962 and involved, as a part, measures in the field of company law.

Elaborated and partially accepted during the following 45 years Directives are traditionally called in accordance with their numerical order,

which reflect priority of presenting of prepared projects. That is why the numbers of the Directives do not always coincide with the priority with which they were accepted. By 2007 the Commission elaborated 13 projects of Directives, 11 of which passed: the Fifth and the Ninth were not accepted.

Accepted Directives connected with company law and regulating the following questions will be described in details below. The questions are:

a) Obligatory disclosure of information (the First, Second and Eleventh Directives);

b) Merging and division of stock corporations (the Third, Sixth and Tenth Directives). And also acquisition on stock corporation as a result of engrossment of the stocks or other securities by outward investors (13th Directive);

c) One man companies (12th Directive).

Moreover in 1978–1984 the Fourth, Seventh and Eighth Directives were accepted. They are dedicated to harmonization of the norms of financial accountability of trading partnership. They aimed at approximation of accounting standards applied to limited liability partnerships and stock corporations are equivalent and comparable. These Directives, which refer to financial, but not company law as a part of civil law, are sometimes viewed as a prototype of European Code of Accounting.

The Fourth Directive contains common rules about the order of rendering and content of annual accounts, methods of evaluation of economic activity of a partnership, and the order of issuing of such accounts. The Seventh Directive regulates consolidated accounts, i.e. accounts of interdependent companies. The legal framework of legal bodies accounts is closed by important provisions about principles of organization of audit

written in the Eighth Directive. The text was replaced by new Directive 2006/43/EU European Parliament and Council on “Audit of annual financial accounts and consolidated accounts”.

The projects of the Fifth Directive are interesting too. The last one is dated by 1991. If it is accepted, wide range of the questions connected with the local law will be harmonized. These questions are connected with the structure of the stock corporations and authority of their management. Member countries can choose between three-tier structure of the management (general shareholders meeting—management board—board of supervisors) or two-tier structure (general shareholders meeting—management board). In the second case they create single administrative authority, where there are special supervisors monitoring the activity of managers. The main reason why the project was not accepted was that it has too detailed regulation of organization and activity of stock corporations.

The failure of the project of the Fifth Directive shows existence of principal difference between the company law systems of member countries and their unwillingness to make serious reforms in order to approximate regulation of trading partnership. The experience of the development of regulation of legal bodies in the EU law reflects that harmonization of certain, important for common market development aspects of the trading partnership activity is successful. That is why the project of the Fourteenth Directive on transborder replacement of legal seat of trading partnership of member countries is interesting. The European Commission is planning to present it. And another one project is already finished. It is presented in 2006 the project of the Directive on exercise of right of vote of stakeholders intended to stipulate minimal standards and guaranties for rights of

stakeholders to participate in general shareholders meetings on the territory of the whole EU.

The First Directive was accepted in 1968 and is valid for all the three types of limited liability corporations. In the title of the Directive there is a quotation from § 2, article 44 TEU: on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies with a view of making such safeguards equivalent throughout the Community.

It is possible to distinguish three main directions of harmonization of law according to the First Directive: exposure of main documents of trading partnership, validity of liabilities of partnership, conditions and effects of voidness of partnership. All of them are aimed on protection of creditors of limited liability trading partnership.

In the terms of the article 2 of the Directive member countries were to ensure obligatory publishing a set of documents by the trading partnership. They are the following:

- a) charter and all the alterations made;
- b) information about emplacements and release from positions bodies enabled to carry on business under the partnership, to present it to the court, to participate in management, supervising and controlling the partnership;
- c) annual balance and statement of operations;
- d) information about liquidation procedure of the partnership, etc.

Issue of these materials is ensured by the following ways. First of all, declared information must be published in official source of the corresponding country. Legal body cannot use unpublished juridical facts

against third party unless the legal body can prove that the third party knew about such a fact. Second, there is an official record about any partnership in the public register. Certified copy of the record or its part should be given to anybody at the written request. The price of the service cannot be higher than usual administrative costs held for its accomplishment. Third, partnership letterform should include legal reference, legal body location, name of the register where the record is held, and the number of record.

In 2003 the text of the FIRST Directive was amended. Alterations made concerned the matter of divulgation of information about legal bodies in electronic form, and also the opportunity to provide the information in different languages from list of the official languages of the European Union.

The second question of the company law regulated in the First Directive is validity of obligations accepted by partnership. It is an open secret that obligations stated by establishing partnership will be valid only after their acceptance by its appropriate body. In case of lack of such an acceptance or other agreement, bodies who made a transaction, respond fully and equally. Furthermore, the partnership is supposed to be established until all the information listed in the article 2 of the Directive are published.

Third directive, project of which was prepared by commission in 1970 was approved only in 1978, after the fourth directive. It regulates some questions, connected with joint-stock companies fusion and serves to protect shareholders of those. In 1982 the Sixth directive was engaged that finally harmonized joint-stock separation of legislation. In such a way these two directives form the joint right of European Union in the field of corporation reorganization.

Third directive brings up the concept of two ways of fusion: by means of absorption and the second one is creation of new forms of unions, that is practically the same as inclusion and integration. The sixth directive provides guaranties in case of separation by means of absorption and with foundation of new unions.

Preliminary terms of union reorganization must be published within a month before decision making on a general meeting of all share holders and subject to review by independent experts. Shareholders rights protection are granted by providing them with highly objective information about upcoming reorganization. Each shareholder is welcome to see the plans of transformation, its independent expert assessment and financial statements for 3 years in a company's office.

All kinds of reorganizations, regulated by directives, are characterized by the fact that all shareholders in exchange for stocks of reorganized company get the stocks of another company. That is why the biggest importance has ratio by which stocks are exchanged. Besides, these directives provide protection for third parties economic interests and creditors first of all. National legislation should provide creditors of reorganized companies with rights for getting all the necessary guaranties of all obligations fulfillment, if the financial state of debtor rises concerns. Special guaranties are equally provided for other securities holders.

Third directive also covers cases, that are equal to fusion, when all company's assets transmitted to another corporation, which has 100% of its stocks. Special rules are granted in case of company's separation by court. Lastly, due to rights stability, the third and the sixth directives define terms and consequences of acceptance the company's separation as invalid, that

can happen only by court or if violation cannot be fixed in any other way. It's important to notice that the protection of employee rights of reorganized companies is provided by a separate general directive.

In October 26, 2005 after a huge debate European Parliament and Council approved the text of the 10th directive about cross-border mergers. It reproduces the classification and general fusion principles of the third directive. However, unlike the last one which regulates mergers between companies within one state, the Tenth one is more suitable for cases when the subjects belong to different countries.

This directive also regulates cross-border merges of companies with limited liability and other companies which are founded in a form of fund fusion.

Even before the Tenth directive was accepted relevancy of cross-border merges within unified European market was approved in case law of EU court.

The field of expertise of the 13th directive (21st of April 2004) "about public offers of purchase", commonly known as "Directive about absorption" also intersects with 3rd, 6th and 10th in many ways.

Unlike the previous ones this normative act is concentrated on a change in control over legal status as a result of the acquisition of company's stocks or other securities by external investor on the free market, not by interested internal party.

The basic concept of the 13th directive is "public acquisition offer", which is defined as public offer in order to acquire voting securities of a corporation, addressed to all owners.

The 12th Council Directive passed in 1989 keeps aloof from the EU directives on associations. This Directive obliges member states to admit partnership with only one subject of civil law (physical or any other body corporate). The interesting fact is that in contrast to previous ones this directive contains just seven substantial assets and that is why it is an excellent pattern of market directives that the Treaty of Amsterdam urged to use more actively in the EU law. Despite its conciseness the directive is of great importance.

Based on the instruction about small and middle-sized enterprises approved by the Council in 1986 the 12th Directive provided an opportunity to establish single-member companies since January 1st, 1992. The main reason for passing this directive was the necessity to provide the EU private entrepreneurs opportunities to limit their responsibility in commercial relationship.

According to the Directive the member states must provide in their corporate law a possibility of creation and existence limited liability partnerships with one member participating in it. Trade associations can be created just by one person or can come to such a state through pooling all the stakes by one subject of law. In both cases their legal capacity should be admitted by the national law.

However, the question whether one natural person should be allowed to set up several single-member companies is left to national legislators. The question of permissibility of setting up one person's partnership by another juridical person is left to member states too. At the same time, the national law may cover the foundation of single-member associations in other forms of law, for example cooperative association.

On the whole, single-member companies are regulated by *lex societatis* and the 12th Directive binds them publish data in conformity with the first Directive. There is embodied in the Directive (asset 4 also) the status of a single member of the partnership that presents the association and executes the function of the partners' general meeting. At the same time, all the contracts between him and the association should be made in a written form.

Conclusion

Thus, the primary EU law sets basic provisions on the status of legal persons in the EU Members. Documents of the EU institutions aimed primarily this, to harmonize national legislation.

ОПОСРЕДОВАННАЯ ГАРАНТИЯ УПЛАТЫ ТАМОЖЕННЫХ ПЛАТЕЖЕЙ В ЕС

Максим Воробьев*

Аннотация. В статье рассматриваются новые механизмы обеспечения уплаты таможенных платежей, которые предполагается применять в ЕС с 1 января 2016 года. Анализируется обязанность таможенного органа государства-члена ЕС, который принял обеспечение, обеспечить выплату гарантированного таможенного долга таможенному органу другого государства-члена ЕС. Анализируются последствия введения в действие такого порядка. Рассматривается возможность применения новых способов обеспечения в дополнение к уже применяемым гарантиям для процедуры таможенного транзита. Высказывается мнение о перспективах применения механизма опосредованной гарантии для обеспечения таможенных платежей при заключении новых международных договоров, регламентирующих процедуру таможенного транзита.

Ключевые слова: таможенный транзит Европейского союза, обеспечение уплаты таможенных платежей, таможенный долг, опосредованная гарантия.

* Воробьев Максим Васильевич, кандидат юридических наук, заведующий кафедрой гражданского и арбитражного процесса Курского государственного университета.

INDIRECT GUARANTEE FOR CUSTOMS PAYMENTS IN THE EU

Maxim Vorobjev*

Abstract. In the article it is considered new mechanisms of guaranty of customs duties which are supposed to be applied in EU since January 1, 2016. The obligation of customs authority of the EU member state which accepted providing is analyzed, to provide payment of the guaranteed customs debt to customs authority of other EU member state. Consequences of introduction of such order are analyzed. Possibility of application of new mechanisms of guaranty in addition to already applied guarantees for procedure of customs transit is considered. The opinion on prospects of use of the mechanism of the indirect guarantee for providing customs duties is expressed in case of the conclusion of the new international treaties regulating procedure of customs transit.

Keywords: EU transit procedure, guarantee of customs duties, customs debt, indirect guarantee.

Уже не первый год предпринимаются попытки реформирования таможенного законодательства ЕС. Так еще в 2008 году был принят Регламент Парламента и Совета ЕС № 450/2008¹ закрепляющий так называемый модернизированный таможенный кодекс Сообщества. К

* Vorobjev Maxim Vasilevich, candidate of legal science, head of the Kursk State Universities chamber of civil and arbitral process.

¹ Regulation (EC) № 450/2008 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 laying down the Community Customs Code (Modernised Customs Code) // OJ L 145, 4.06.2008.

текущему моменту он должен был вступить в силу полностью², однако после был принят Регламент Парламента и Совета № 952/2013³, который признал его утратившим силу. Указанный регламент аналогично предыдущему вступил в силу в части предписаний Комиссии ЕС принять акты о его применении. Полностью он должен вступить в силу 1 января 2016 года⁴.

Главной целью этих двух регламентов является модернизация правового регулирования в области таможенного дела на территории ЕС. В основном речь идет о повсеместном внедрении электронного документооборота, системы одного окна и сокращения сроков оформления в различных ситуациях. Также можно говорить о большей детализации регулирования на уровне ЕС, что позволяет ряду государств фактически отказаться от наличия таможенного законодательства на национальном уровне⁵. Однако с принятием новых актов можно наблюдать и процесс децентрализации правового регулирования. Так в соответствии со статьей 59 Регламента № 450/2008 и статьей 92 Регламента № 952/2013 помимо применяемых на сегодняшний день денежного залога и гарантии предусмотрена возможность применения иного способа обеспечения уплаты

² В соответствии со ст. 188 Регламента № 450/2008 с 24 июня 2008 года вступили в силу только те положения регламента, которые предусматривали принятие Комиссией дополнительных актов для применения положений регламента, остальная часть регламента должна была вступить в силу после принятия указанных актов, но не позднее 24 июня 2013 года.

³ Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 laying down the Union Customs Code // OJ L 269. 10.10.2013.

⁴ В соответствии со статьей 288 Регламента №952/2013 его часть, предусматривающая принятие дополнительных актов вступила в силу с 30 октября 2013 года, а остальные положения с 1 января 2016 года.

⁵ Некоторые государства-члены ЕС урегулировали на национальном уровне только вопросы, не урегулированные правом ЕС. В этом случае национальное законодательство имеет незначительный объем. Подробнее см.: Таможенный транзит Европейского сообщества: международно-правовые и внутригосударственные аспекты. — Воронеж: Издательско-полиграфический центр Воронежского государственного университета, 2009. — 183 с.

таможенных платежей, который может обеспечить эквивалентное обеспечение уплаты таможенных платежей. Разумно предположить, что в условиях все большей детализации правового регулирования сферы таможенного дела в праве ЕС, такая неопределенная норма выглядит несколько странно. Возможно новый Регламент Комиссии ЕС⁶, регламентирующий применение таможенного кодекса ЕС содержит положения об указанных «иных» способах обеспечения уплаты таможенных платежей. Обратимся к его проекту. В соответствии со статьей IA-III-2-05 (321-07-IA) проекта Регламента Комиссии о применении Таможенного кодекса Союза⁷ предусмотрено, что в случае применения иного способа обеспечения уплаты таможенных платежей государство-член, в котором принято обеспечение, должно в течение 1 месяца по запросу перечислить соответствующую сумму таможенного долга в государство-член, где такой долг возник в ходе осуществления таможенной процедуры. Относительно сущности возможного «иного» способа обеспечения вносит ясность статья DA-III-2-03 (321-07-DA) проекта. Так в качестве иных способов обеспечения уплаты таможенных платежей предлагается применять:

1. Обеспечение ипотекой, залогом земель или другим эквивалентным правом на недвижимое имущество.
2. Обеспечение уступкой требования или обещанием передать имущество, с фактической передачей товаров, ценных бумаг, прав

⁶ В настоящее время действует Регламент Комиссии №2454/93, который не предусматривает иных способов. Commission Regulation (EEC) No 2454/93 of 2 July 1993 laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) No 2913/92 establishing the Community Customs Code // OJ L 253, 11.10.1993.

⁷ Consolidated preliminary draft of the Union customs code implementing act // Brussels, 13.01.2014 TAXUD/UCC-IA/2014-1.

требования, банковских сберегательных книжек, записей в реестре государственного долга или без таковой.

3. Обеспечение договором о солидарной ответственности в отношении всей суммы долга третьим лицом перед таможенными органами или выдачей векселя, гарантированного третьим лицом.

4. Обеспечение денежным залогом или иным обязательством в денежной форме, выраженным в иной валюте, нежели евро или валюта государства-члена, принявшего обязательство.

5. Обеспечение за счет части генерального обеспечения.

Проект предписывает государствам-членам определить условия применения данных способов обеспечения уплаты таможенных платежей. Таким образом, можно говорить об этих новеллах как о проявлении децентрализации в правовом регулировании таможенного дела.

Необходимо заметить, что указанный перечень допустимых видов обеспечения содержится в действующем сейчас Регламенте Комиссии № 2454/93. Однако на сегодняшний день применение этих способов обеспечения допускается только, если это предусмотрено законодательством государства-члена, например при выпуске товаров до полной оплаты таможенных платежей. Таким образом, применение указанных способов на сегодняшний день возможно только на территории одного государства-члена. Для применения их на всей территории ЕС необходим механизм, обеспечивающий возможность обращения взыскания таможенными органами одного государства-члена таможенного долга обеспеченного в другом государстве-члене. На сегодняшний день это возможно обеспечить только в отношении

денежного залога, сумма которого может быть перечислена соответствующему таможенному органу или гарантии, так как гарант должен обеспечивать возможность возмещения на всей территории ЕС.

Перечень дополнительных способов обеспечения фактически содержит большинство известных гражданскому праву способов обеспечения исполнения обязательств. При неисполнении обязательств перед таможенными органами возможна ситуация когда таможенные органы будут вынуждены обратиться для взыскания к компетентным органам другого государства-члена. Это может быть затруднительно, учитывая, что в государствах-членах может различаться гражданское и гражданское процессуальное законодательство. Таким образом, таможенные органы могут столкнуться с коллизиями международного частного права, что, несомненно, вызовет неудобства в части применения указанных мер обеспечения уплаты таможенных платежей.

Единственным разумным способом применения неунифицированных способов обеспечения уплаты таможенных платежей на всей территории ЕС представляется закрепление на уровне Регламента Комиссии ЕС обязанностей таможенных органов государства-члена, где принято обеспечение перечислить необходимую сумму таможенного долга таможенным органам другого государства-члена, одновременно инициировав процедуру обращения взыскания за счет предоставленного обеспечения. В проекте Регламента Комиссии содержатся как раз такие положения. При их применении на первое место выходит не действительность обеспечения на всей территории ЕС, а признание соответствующего решения уполномоченного таможенного органа государства-члена, который оценивает

предоставляемое обеспечение в соответствии с нормами национального права и фактически гарантирует дальнейшую возможность обращения взыскания. Таким образом, в соответствии с принятым ТК Союза и проектом Регламента Комиссии появляется весьма интересная форма обеспечения уплаты таможенных платежей, выражающаяся в опосредованной гарантии.

Проектом предусматривается, что к процедуре таможенного транзита союза не могут применяться новые способы обеспечения. Это связано с тем, что долг по уплате таможенных платежей часто возникает в государстве-члене, таможенные органы которого не принимали обеспечение. Однако опосредованная гарантия как раз должна помочь в таких ситуациях. Для отсутствия необходимости каждый раз перечислять суммы обеспечения таможенным органам других государств-членов целесообразно создать клиринговый центр для погашения взаимных обязательств без фактического перечисления денежных средств. Более того, как показывает практика таможенного союза ЕврАзЭС, применение денежного залога и банковской гарантии для обеспечения уплаты таможенных платежей при таможенном транзите являются доминирующими способами. Количество случаев применения поручительства увеличилось в связи с невозможностью применения книжек МДП, но главным образом речь идет о поручительстве в рамках договоров поручительства по обязательствам нескольких лиц с ФТС РФ. Залог имущества для обеспечения уплаты таможенных платежей при таможенном транзите фактически не применяется, несмотря на закрепленную в законе возможность. Таким образом, несмотря на возможность применения залога имущества этот

экзотический способ обеспечения не востребован ввиду неудобства как для таможи, так и для участников ВЭД.

В заключение хочется отметить перспективность опосредованной гарантии при обеспечении уплаты таможенных платежей и возможность ее применения в новых соглашениях между государствами, например, о таможенном транзите товаров. Это снизит значение международных гарантийных сетей и позволит применять различные способы обеспечения, возможно более удобные для участников ВЭД, в то время как основным ответственным лицом перед иностранными государствами за оплату таможенных платежей может стать уполномоченный государственный орган, принявший обеспечение.

**ПРИНЦИП ЗАПРЕТА ПРИМЕНЕНИЯ СИЛЫ ИЛИ УГРОЗЫ СИЛОЙ:
ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ И МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОГО
ЗАКРЕПЛЕНИЯ**

Дмитрий Галушко*

Аннотация. Агрессия, сила и угроза силой сопровождали международные отношения на всём протяжении человеческой истории. Будучи изначально правомерной, с ходом времени и развитием международного права, международное сообщество постепенно объявило агрессию вне закона, закрепив принцип неприменения силы и угрозы силой как нормы *jus cogens*. В данной статье автор рассматривает историю становления и закрепления данного международно-правового принципа, делает анализ основных международных актов, которые закрепляли нормы ему предшествовавшие, рассматривает вклад отечественной дипломатии в дело укрепления мира и отказа от агрессии. Делается акцент на влиянии первой мировой войны на закрепление данного принципа международного права.

Ключевые слова: основные принципы международного права, нормы *jus cogens*, запрет применения силы или угрозы силой, история дипломатии.

* Галушко Дмитрий Вячеславович, к.ю.н., доцент кафедры международного и европейского права Воронежского государственного университета. E-mail: galushkodv@gmail.com
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

THE PRINCIPLE OF NON-USE OF FORCE OR THREAT OF FORCE: HISTORY OF DEVELOPMENT AND FIXATION IN INTERNATIONAL LAW

Dmitriy Galushko*

Abstract. Aggression, force and threat of force accompanied international relations throughout human history. Being initially legitimate, with the course of time and evolution of international law, international community gradually declared aggression outside the law, securing the principle of non-use of force and threat of force as a *jus cogens* norm. In this article the author examines the history of formation and anchoring of this international legal principle, makes an analysis of main international instruments which fixed norms preceded to it, considers contribution of domestic diplomacy to the strengthening of peace and non-aggression. The emphasis is placed on the impact of the First World War at consolidation of this principle of international law.

Keywords: main principles of international law, *jus cogens* norms, non-use of force or threat of force, history of diplomacy.

Первая мировая война является одним из ключевых событий мировой истории. Она определила мировую эволюцию всего последующего времени. За четыре года произошла подлинная революция в экономике, коммуникациях, национальной организации, в

* Galushko Dmitriy V. Ph.D., Associate Professor, Chair of International and European Law, Voronezh State University, Russia. E-mail: galushkodv@gmail.com

социальной системе. Естественно, она оказала самое серьёзное влияние на развитие международного права. Она фактически разрушила оптимистическую культуру Европы, смяла все достижения столетия после Наполеоновского мира, сделала насилие легитимным орудием разрешения международных споров и инструментом социальных перемен¹.

Именно в этот период, среди прочего, постепенно формируется один из фундаментов, без которого невозможно представить себе современное международное право — принцип запрета применения силы или угрозы силой в отношениях между государствами, иными словами, запрета агрессии, агрессивной войны.

Ещё до начала первой мировой войны, 23 июля 1914 года, премьер-министр Великобритании Дэвид Ллойд Джордж поделился с Палатой общин своим мнением, что современная цивилизация выработала достаточно эффективные способы урегулирования международных споров, главным из которых является «здравый и хорошо организованный арбитраж»².

Следует отметить, что в период до первой мировой войны война считалась законным инструментом политики государств. Любое суверенное государство могло свободно прибегнуть к войне для реализации своих прав и интересов. Международно-правовые ограничения касались в то время преимущественно средств и способов ведения войны (так называемого *jus in bello*), однако не права на ведение войны как такового (*jus ad bellum*). Некоторое исключение

¹ См. подр.: Бирюков П. Н. Международное право: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2013. — Глава 3.

² Уткин А. И. Первая Мировая война. — М.: Алгоритм, 2001. — С. 130.

составляли двусторонние договоры, по которым стороны договаривались не решать споры между собой применением силы³.

Согласно доктрине *bellum justum*, война не всегда является грехом. В некоторых случаях, она является законной, нравственно правильной, справедливой. Концепция справедливой войны как теория сформировалась в трудах Августина Аврелия. В XVII веке Гуго Гроций использовал принципы этой теории для концептуализации международного права европейских народов. Основное произведение Гроция «О праве войны и мира» не утратило ценности и сегодня⁴. Гроций сохранил богословское различие между справедливой и несправедливой войной, понятиями, которые вскоре исчезнут из трактатов по международному праву, но которые каким-то образом подкрепляют современные подходы к агрессии, самообороне и освобождению⁵. Хорошо известное учение о «справедливой войне», которое не сделало ничего, кроме как обеспечило верующих обоснованием войны и всей его подлости. Было предпринято множество усилий по каждому поводу, чтобы оправдать агрессию, и чтобы оправдать жестокость, которая изобиловала в то кровопролитное время⁶.

Для того, чтобы быть справедливой, войны должны иметь справедливую причину. Все великие средневековые богословы вставляли списки справедливых причин в свои работы. Аналогичные списки были составлены, симметрично, с тем, чтобы определить основания, которые содержат несправедливые основания. Однако,

³ Dinstein Y. War, aggression, and self-defense. — 4th ed. — Cambridge [England] : Cambridge University Press, 2005. — P. 77.

⁴ Бирюков П. Н. Международное право: учебник. М.: Издательство Юрайт, 2013. — С. 75.

⁵ Shaw M.N. International Law. — Cambridge: Cambridge University Press, 2008. — P. 24.

⁶ Pictet J. Development and Principles of International Humanitarian Law. — Nijhoff, 1985. — P. 13–14.

справедливая причина, которую можно назвать «агрессией» среди них отсутствовала.

Средневековая доктрина справедливой войны различала войну между католиками и войну против врагов веры. Война в христианской республике не может быть разрешена, если не существовало этической и правовой цели, которая не может быть достигнута иначе, чем через войну. Но по отношению к врагам веры, будь это еретики или те, кто принадлежит к другому вероисповеданию («сарацины»), агрессивная война была полностью обоснованной и правомерной. Акт защиты себя от агрессивной войны христиан был несправедливым актом. Война, даже в виде агрессивной войны, следовательно, не считалась абсолютно нелегитимным актом, и не было минимального количества внимания самому понятию агрессии в средневековой богословской доктрине.

Период с 17 в. до начала первой мировой войны ознаменован отказом от идеи *bellum justum* и полным произволом со стороны абсолютных правителей, стремившихся укрепить суверенитет своих государств и предпочитавших использовать древнеримскую максиму *inter arma silent leges* для ведением ничем не ограниченных захватнических войн. В новой европейской системе, образованной государствами, признаваемыми взаимное достоинство, война была законной прерогативой суверена. Проблема «справедливой причины» была удалена изначально. Справедливость войны была «вопросом личной совести». Каждое государство имеет право начать войну, тем самым, война между государствами всегда было «справедливой» (в формально-правовом смысле), независимо от значения этических, политических и правовых позиций сторон. Противник, больше не

являющийся защитником несправедливой причины, может теперь считаться «просто врагом», а не преступником или абсолютным врагом, который должен быть уничтожен. Таким образом, стало возможным разработать систему норм (*jus belli*), основывающихся на «недискриминационной» концепции войны, что способствовало ограничению насилия во время войны.

В классическом международном праве не было нормы, которая может установить незаконность войны в заданных случаях. Наоборот, была норма, которая признала право каждого государя законно вести войну. Основания, причины и цели войны не имели юридической значимости. Объявление войны не было актом агрессии, а, наоборот, это был акт, который соответствовал законам войны. Поскольку общее международное право не включало какого-либо запрета на использование силы, государства будут все чаще устанавливать пределы с помощью конкретных договоров.

Вплоть до XX века любое государство обладало так называемым правом на войну (*jus ad bellum*), а любой межгосударственный спор мог быть разрешён вооруженным путем. В конечном счёте, на рубеже XIX-XX вв. появляются первые официальные попытки универсального ограничения права на войну и расширения правовой базы применения мирных средств разрешения международных споров: в 1899 и 1907 гг. принимаются Конвенции о мирном решении международных столкновений. Так, в частности, статья 1 Гаагской Конвенции о мирном решении международных столкновений предусматривает, что с целью предупредить, по возможности, обращение к силе в отношениях между государствами, Договаривающиеся державы соглашаются прилагать все

свои усилия к тому, чтобы обеспечить мирное решение международных разногласий. Статья 2 предусматривала, что Договаривающиеся державы соглашаются, в случае важного разногласия или столкновения, прежде чем прибегнуть к оружию, обращаться, насколько позволят обстоятельства, к добрым услугам или посредничеству одной или нескольких дружественных держав.

Исходя из анализа Гаагских Конвенций можно сделать вывод: их нормы скорее налагали определённые ограничения на использование *jus ad bellum*, регламентируя, в большей степени, *jus in bello*, не отменяя при этом войну как средство для разрешения споров между государствами. Франц Лист указывал, что самым последним средством для реализации настоящего и воображаемого права, *ultima ratio* для решения международно-правовых споров остается и в современном международном праве война⁷. Значение Гаагских конвенций состоит в том, что они впервые создали систему международно-правовых средств мирного разрешения межгосударственных споров, обобщив и кодифицировав разрозненную до этого практику применения отдельных средств мирного урегулирования. Гаагские конвенции были первой попыткой ограничить право на войну и первым шагом на пути закрепления в международном праве принципа мирного разрешения международных споров⁸.

Последовавшая вскоре после этого первая мировая война способствовала осознанию человечеством необходимости запрета применения силы. Положения советского Декрета о мире 1917 г.

⁷ Лист Ф. Международное право в систематическом изложении / Франц Лист ; пер. с 6-го нем. изд. ; под ред., с предисл. и доп.: В.Э. Грабарь. — 4-е рус. изд.; испр. и доп. — Юрьев [Дерпт]: Тип. К. Маттисена, 1917. — С. 381.

⁸ URL: http://www.idd.mid.ru/inf/inf_40.html (Дата обращения: 15.03.2014 г.).

объявляли агрессивную войну «величайшим преступлением против человечества»⁹ и звучали особенно актуально.

В результате Версальского мирного договора была создана Лига Наций. Преамбула Статута данной международной организации закрепила общее намерение государств-членов о том, что «Высокие Договаривающиеся Стороны, принимая во внимание, что для развития сотрудничества между народами и для гарантии их мира и безопасности, важно: принять некоторые обязательства не прибегать к войне, поддерживать в полной гласности международные отношения, основанные на справедливости и чести, строго соблюдать предписания международного права, признаваемые отныне действительным правилом поведения правительств, установить господство справедливости и добросовестно соблюдать все налагаемые Договорами обязательства во взаимных отношениях организованных народов, принимают настоящий Статут, который учреждает Лигу Наций»¹⁰.

Другие положения Статута провозглашали войну или её угрозу проблемой международного значения. В частности, статья 10 устанавливала, что члены Лиги обязуются уважать и сохранять против всякого внешнего вторжения территориальную целость и существующую политическую независимость всех Членов Лиги, В случае нападения, угрозы или опасности нападения, Совет указывает меры к обеспечению выполнения этого обязательства.

Статья 11 объявляла, что всякая война или угроза войны, затрагивает ли она прямо, или нет, кого-либо из Членов Лиги,

⁹ Декрет о мире, принятый на II Съезде Советов 26 октября (8 ноября) 1917 г. // Документы внешней политики СССР. — Т. 1: 7 ноября 1917 — 31 декабря 1918 г. — М.: Госполитиздат, 1957. — С. 12.

¹⁰ Версальский мирный договор. Полный перевод с французского под редакцией Ю.В. Ключникова и А.Сабанина. — М.: Издание Литиздата НКВД, 1925. — С. 7.

интересует Лигу в целом и что последняя должна принять меры, способные действительным образом оградить мир Наций. В подобном случае Генеральный Секретарь немедленно созывает Совет по требованию всякого Члена Лиги. Кроме того, объявляется, что всякий Член Лиги имеет право, дружественным образом, обратить внимание Собрания или Совета на всякое обстоятельство, способное затронуть международные отношения и, следовательно, грозящее поколебать мир или доброе согласие между нациями, от которого мир зависит.

Наконец, статья 12 Статута закрепляла, что все Члены Лиги соглашались, что если между ними возникнет спор, могущий, повлечь за собой разрыв, то они подвергнут его либо третейскому разбирательству, либо рассмотрению Совета. Они соглашались еще, что они ни в каком случае не должны прибегать к войне до истечения трехмесячного срока после решения третейских судей или доклада Совета. При этом было прямо оговорено: если в Совете нет единогласия, то «Члены оставляют за собой право действовать так, как они считают необходимым для поддержания права и справедливости» (ст. 15).

Статут Лиги Наций можно рассматривать как результат первой мировой войны, а также эволюции положений Гаагских конвенций 1899 и 1907 гг. в отношении воздержания от войны вплоть до исчерпания мирных средств разрешения международных споров. Статут в полной мере не запрещал агрессивную войну. Однако, на наш взгляд, агрессивные действия государств-членов против друг друга в рамках этой международной организации можно было считать недопустимыми.

При этом, о неполноте и незавершенности положений Статута можно говорить в связи с многочисленными оговорками при

применении мирных средств урегулирования споров между государствами и предотвращении войны. Закрепление таких некатегоричных международно-правовых положений предоставляло государству право прибегать к войне в тех случаях, когда она рассматривалась целесообразной для продвижения интересов соответствующего государства. В Статуте речь не шла о допустимости войны, если она носит внутренний справедливый характер, а лишь о необходимости выполнения определенных процедур и формальностей до того, как прибегнуть к войне¹¹.

Учёт негативного опыта первой мировой войны способствовал дальнейшему усилению осуждения и полного запрета агрессивной войны, применения силы или угрозы силой в отношениях между государствами. В частности, в 1923 г. IV Ассамблея Лиги Наций рассмотрела проект типового договора о взаимной помощи, статья 1 которого указывала: «Высокие договаривающиеся стороны утверждают, что агрессивная война составляет международное преступление, и принимают торжественное обязательство не совершать это преступление»¹². В преамбуле Женевского протокола от 2 октября 1924 г.¹³, который был принят V Ассамблеей Лиги Наций также провозглашалось, что агрессивная война составляет международное преступление. Статья 2 данного документа указывала: «Договаривающиеся Стороны соглашаются ни в коем случае не прибегать к войне ни друг против друга, ни против государства, которое

¹¹ См.: Kunz J.L. *Bellum justum and bellum legale* / J.L. Kunz // *American Journal of International Law*. — 1951. — Vol. 45. — № 3.

¹² Brownlie I. *International law and the use of force by States* / Ian Brownlie. — Oxford : Clarendon Press, 1963. — P. 68.

¹³ Протокол так и не вступил в силу.

... принимает все обязательства, установленные настоящим Протоколом, кроме случаев сопротивления актам агрессии или в случаях действия в соответствии с решениями Совета или Ассамблеи Лиги Наций в соответствии с положениями Статута и настоящего Протокола»¹⁴. Особая роль Женевского протокола даже была отдельно отмечена в приговоре Нюрнбергского трибунала: «Хотя этот протокол никогда не был ратифицирован, он был подписан руководящими государственными деятелями мира, представлявшими подавляющее большинство цивилизованных государств и народов, и может рассматриваться как убедительное доказательство намерения заклеить агрессивную войну как международное преступление»¹⁵.

В 1927 г. VIII Ассамблея Лиги Наций также единогласно приняла Декларацию об агрессивных войнах. Данный международно-правовой документ установил запрет на любые агрессивные войны, а при разрешении всех споров между государствами должны были применяться только мирные средства¹⁶.

Содержание вышеуказанных международных документов все четче проводит идею о преступности агрессивных войн. Положения указанных международно-правовых документов, по нашему мнению, во многом предопределили убеждение о допустимости применения силы только в виде самообороны и на основании решения компетентной

¹⁴ Protocol for the Pacific Settlement of International Disputes (Protocol of Geneva) dated 2 October 1924 // The United Nations System and Its Predecessors: in 2 v. / [F. Knipping, R. Dietl (eds.), M. M. Hugo, F. Rosenbusch (assist. eds.)]. — Vol. 2. — Oxford: Oxford University Press, 1997. — P. 563.

¹⁵ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: сб. материалов: в 7 т. / под общ. ред. Р.А. Руденко. — Т. 7. — М.: Госюриздат, 1961. — С. 367.

¹⁶ Brownlie I. International law and the use of force by States / Ian Brownlie . — Oxford : Clarendon Press, 1963. — P. 72.

международной организации, что впоследствии будет отражено в Уставе ООН.

Наряду с универсальным, система предупреждения агрессии в условиях международного правопорядка после первой мировой войны укреплялась и на региональном уровне. Одним из наиболее важных таких договоров был Локарнский договор о взаимной гарантии 1925 г. между Германией, Бельгией, Францией, Великобританией и Италией, в соответствии со статьёй 2 которого Стороны договорились «не совершать одна против другой любого нападения или вторжения и ни в коем случае не прибегать к войне друг против друга». Особо оговаривалось, что применение силы возможно только как право на самооборону в соответствии с положениями Устава Лиги Наций¹⁷.

Следующим знаменательным шагом в процессе запрета агрессивной войны стало принятие в 1928 г. Парижского договора об отказе от войны — Пакта Бриана-Келлога, названного так в честь его идейных вдохновителей: французского министра иностранных дел Аристида Бриана (*Aristide Briand*) и госсекретаря США Фрэнка Келлога (*Frank Kellogg*), кстати, получившего в 1929 г. за это Нобелевскую премию.

Статья 1 Парижского договора установила, что Высокие Договаривающиеся Стороны торжественно заявляют от имени своих народов, что они осуждают метод обращения к войне для урегулирования международных конфликтов и отказываются в своих взаимоотношениях от войны в качестве орудия национальной политики. В статье 2 Пакта указывалось, что Высокие

¹⁷ Локарнская конференция 1925 г.: документы / ред. коллегия : А.Ф. Добров, И.Н. Земсков, И.К. Кобляков и др. — М.: Госполитиздат, 1959. — С. 485-486.

Договаривающиеся Стороны признают, что урегулирование или разрешение всех разногласий или конфликтов независимо от характера их происхождения, которые могут возникнуть между ними, должны осуществляться только мирными средствами¹⁸.

Как справедливо отмечал Я. Броунли, последующая практика сторон Пакта Бриана-Келлога не оставляла сомнений, что он понимал как запрещающее любое «использование вооруженной силы»¹⁹. Отказ от войны «как средства национальной политики», подкрепленный к тому же обязательством решать споры только мирными средствами, означало именно отказ от агрессивной войны, т.е. войны, которую государство начинает первым²⁰. Однако, существенным недостатком Пакта было и то, что он не предусматривал никаких санкций на случай нарушения установленных в нем запретов.

Пакт Бриана-Келлога стал основой для некоторых других международных документов, которые были направлены на общий запрет применения силы или угрозы её применения в международных отношениях. Так, например, в Рио-де-Жанейро 10 октября 1933 г. был заключён Межамериканский антивоенный договор²¹, который во многом повторял и дополнял положения Пакта Бриана-Келлога. Кроме того, данный документ также включал положения, касающиеся

¹⁸ General Treaty for Renunciation of War as an Instrument of National Policy (Pact of Paris) of 27 August 1928 //The United Nations System and Its Predecessors: in 2 v. / [F. Knipping, R. Dietl(eds.), M. M. Hugo, F. Rosenbusch (assist. eds.)]. — Vol. 2. — Oxford: Oxford University Press, 1997. — P. 826.

¹⁹ Brownlie I. International law and the use of force by States / Ian Brownlie . — Oxford : Clarendon Press, 1963. — P. 87.

²⁰ Тункин Г.И. Теория международного права / Г.И. Тункин. — М.: Международные отношения, 1970. — С. 59.

²¹ Так называемый Договор Сааведра-Ламас.

непризнания оккупации или приобретения территорий, которые были осуществлены силой оружия²².

Кроме того, в 1933 г. на Женевской конференции по разоружению Политической комиссией был одобрен специальный доклад о неприменении силы, в котором указывалось, что правительства, которые побуждаются желанием содействовать делу разоружения, развивая дух взаимного доверия между нациями Европы, путем декларации, прямо запрещает применение силы в условиях, когда Парижский пакт запрещает обращение к войне, торжественно подтверждают снова, что они ни при каких обстоятельствах не будут применять между собой силу как средство национальной политики²³.

Советский Союз принимал самое активное участие в работе по запрету агрессивной войны. Именно СССР принадлежала инициатива о выработке международно-правового определения агрессии. В 1933 г. советские дипломаты сделали предложение о принятии общей конвенции об определении агрессии на той же Женевской конференции по разоружению. Разработанное советскими юристами-международниками определение агрессии впервые было закреплено в Лондонской конвенции об определении нападения, заключенной в Лондоне между СССР, Эстонией, Латвией, Польшей, Румынией, Турцией, Персией и Афганистаном в 1933 г. В преамбуле данного международно-правового документа было особо подчеркнуто, что Пакт Бриана-Келлога запрещает любую агрессию, и что в интересах всеобщей безопасности

²² Dinstein Y. War, aggression, and self-defense / Yoram Dinstein. — Cambridge: Cambridge University Press, 2001. — P. 154.

²³ Доклад и текст по вопросу о необращении к силе, принятые Политической комиссией 2 марта 1933 г. // Сборники документов по международной политике и международному праву / К.В. Антонов (ред.). — М.: Изд-во НКВД, 1929. — С. 66.

необходимо определить как можно более точным образом понятие агрессии, чтобы предупредить любой повод к ее оправданию²⁴.

В конечном счёте, как следствие двух Мировых войн, принцип запрета применения силы или угрозы силой был закреплён в Уставе ООН, став одним из основных принципов международного права — нормой *jus cogens*. В п. 4 ст. 2 Устава ООН указано, что все Члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций²⁵.

В заключение необходимо отметить, что в период между двумя мировыми войнами международно-правовая доктрина по вопросу применения силы и агрессивной войны значительно эволюционировала: применение военной силы уже не рассматривалось как законное средство разрешения международных споров или как средство реализации политики и суверенитета государства. Данный период, вплоть до принятия Устава ООН, может быть охарактеризован переходом от международно-правовой регламентации *jus ad bellum* к полному запрету агрессии в международных отношениях и признании преступности агрессивной войны. В результате такой эволюции был принят Устав ООН, ставший основой современного международного правопорядка, и запретивший не только право на агрессивную войну, но

²⁴ Конвенция об определении нападения, заключенная в Лондоне между СССР, Эстонией, Латвией, Польшей, Румынией, Турцией, Персией и Афганистаном от 3 июля 1933 г. // Внешняя политика СССР: сб. документов (1917—1944). — Т. III: 1925—1934 гг. — М.: Тип. Высш. парт. школы, 1945. — С. 645.

²⁵ Устав ООН. URL: <http://www.un.org/ru/documents/charter/chapter1.shtml> (Дата обращения: 15.03.2014 г.).

Галушко Д. В. Принцип запрета применения силы и угрозы силой: история становления и международно-правового закрепления.

и закрепивший императивный принцип современного международного права о запрете применения силы или угрозы силой в отношениях между государствами.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ КАНАДЫ И ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА: ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Павел Донцов*

Аннотация. В статье проанализированы международные договоры, заключённые между Канадой и Европейским Союзом (Сообществами). Предпринята попытка классификации договоров в зависимости от стадии развития международной правосубъектности Канады и стадии европейской интеграции. Исследованы наиболее значимые направления международных отношений Канады и ЕС. Намечены перспективы их развития. Определено правовое положение Канады в международных отношениях Канады с Европейским Союзом по поводу использования атомной энергии, защиты конкуренции, торговли алкогольными напитками, санитарных мера для защиты здоровья населения, транспорта, безопасности гражданской авиации, сотрудничества в области высшего образования, профессиональной подготовки и молодежи, сотрудничества и взаимной помощи в таможенных делах, научно-технического сотрудничества, европейского кризисного управления.

Большинство договоров содержат нормы, возлагающие на Канаду обязанность по изменению национального законодательства имплементационного характера.

* Донцов Павел Владимирович, к.ю.н., доцент кафедры международного и европейского права ВГУ. Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

Ключевые слова: международные отношения Канады, Канада и ЕС, международные договоры ЕС.

INTERNATIONAL COOPERATION BETWEEN CANADA AND EU: LEGAL REGULATION

Pavel Dontsov*

Abstract. This article analyzes the international treaties concluded between Canada and European Union (Communities). The attempt of classification of treaties depending on the stage of development of international legal personality of Canada and the stages of European integration.

Researches most important directions of international relations of Canada and the EU, and perspectives of their development.

Defined legal status of Canada in international relations with European Union regarding using of atomic energy, competition, trade in alcoholic drinks, sanitary measure to protect public health, transport, civil aviation security, cooperation in the field of higher education, training and youth, cooperation and mutual assistance in customs matters, technical and scientific cooperation, European crisis management.

Most contracts contain norms, which instructs Canada duty on implementation, changing national legislation.

* Dontsov Pavel, Candidate of legal science, Associate professor at the chair of International and European law, VSU, Russia.

Keywords: international relations of Canada, Canada and EU, international treaties of the EU.

Международные отношения с Европейским Союзом (Сообществами) являются ярким проявлением международной правосубъектности Канады как трансатлантического партнёра Европейского Союза¹.

Содержание этих отношений отражается в двусторонних международных договорах. В зависимости от времени заключения договора и стадии европейской интеграции их можно подвергнуть следующей периодизации: 1) договоры, заключённые с Европейским объединением угля и стали 2) договоры, заключённые с Европейским сообществом по атомной энергии; 3) договоры, заключённые с Европейским экономическим сообществом, 4) договоры, заключённые с Европейскими сообществами. 5) договоры, заключённые с Европейскими сообществами, 6) договоры, заключённые с Европейским Союзом. При описании сотрудничества между Канадой и Европейским союзом мы будем пользоваться вышеприведённой классификацией.

Используя предложенную нами ранее периодизацию развития международной правосубъектности Канады, эти отношения будут соответствовать третьему и четвертому этапам её развития (Британская Северная Америка 1867-1982 и Современная Канада 1982 — до настоящего времени).

После создания в 1952 году Объединение угля и стали, в 1957 году были созданы Европейское экономическое сообщество и Европейское

¹ Evan H. Potter. Trans-Atlantic Partners Canadian Approaches to the European Union // McGill-Queen's University Press. — 1999, 305 p.

сообщество по атомной энергии. В совокупности три эти организации действовали параллельно друг другу и именовались европейскими сообществами, а в 1967 была создана одноимённая организация (также может называться Европейское сообщество, в единственном числе). В 1992 году Европейское сообщество посредством Маастрихтского договора видоизменяется в Европейский Союз. В 1993 году Европейское экономическое сообщество было переименовано в Европейское сообщество, а институты Сообщества стали институтами Союза². При этом в течение 90-х и начале 2000-х помимо европейского союза продолжали действовать три самостоятельные организации: Европейское объединение угля и стали, Европейское сообщество и Европейское сообщество по атомной энергии. Маастрихтским договором была создана сложная правовая конструкция трёх опор ЕС, которые связывали Европейский союз и три вышеназванных организации. В 2009 году в силу вступил Лиссабонский договор, который упразднил систему трёх опор. В настоящее время как самостоятельные организации функционируют: Европейский союз и Европейское сообщество по атомной энергии.

Таким образом, к созданию Европейских Сообществ Канада, являясь де-юре доминионом Великобритании, уже обладала достаточным объёмом международной правосубъектности для заключения двусторонних международных договоров.

1) Договоры, заключённые с Европейским объединением угля и стали:

² Бирюков П. Н. Международное право: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2013. Глава 18. Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

— Протокол о торгово-экономическом сотрудничестве между Канадой и Европейским объединением угля и стали, 1982³. Протокол распространял действие положений статей I-V Рамочного соглашения о торгово-экономическом сотрудничестве между Канадой и Европейскими сообществами, подписанного в Оттаве, 6 июля 1976 на Европейское объединение угля и стали.

2) Договоры, заключённые с Европейским сообществом по атомной энергии:

— Соглашение между Канадой и Европейским сообществом по атомной энергии о взаимодействии в сфере ядерных исследований, 1999⁴. Целью Соглашения является стимулирование и содействие сотрудничеству, в областях, представляющих взаимный интерес в области мирного, невзрывчатого, невоенного использования атомной энергии. Стороны обязуются поддерживать научные исследования и разработки для продвижения науки и (или) технологии, имеющие отношение к названной сфере интересов. Сотрудничество может осуществляться в следующих областях исследований и разработок: ядерная безопасность; обращение с радиоактивными отходами, в том числе их утилизация; вывод из эксплуатации ядерных объектов; радиационная защита и безопасность ядерных реакторов; управляемый термоядерный синтез. Соглашением создаётся совместный комитет по научно-технологическому взаимодействию. Программы, реализуемые в рамках Соглашения, финансируются совместно Европейским сообществом по атомной энергии и Канадой. Сотрудничество может

³ Protocol concerning Commercial and Economic Co-operation between Canada and the European Coal and Steel Community (ECSC) // CTS 1982. № 3.

⁴ Agreement between Canada and the European Atomic Energy Community for Cooperation in the Area of Nuclear Research // CTS 1999. № 57.

включать, но не ограничивается следующими видами деятельности: участие физических и юридических лиц в том числе самих участников Соглашения, университеты, научно-исследовательские учреждения и другие органы, в исследовательских проектах друг друга или в согласованных многосторонних проектах, в соответствии с правилами, регулируемыми такие проекты, при условии согласия третьих лиц, если это необходимо; совместные двусторонние научно-исследовательские проекты, созданные Сторонами; совместное использование научно-исследовательских учреждений; обмен и предоставление информации и данных; обмен справочными материалами, образцами, топливом, оборудованием и приборами; визиты и обмен учеными, инженерами и другими кадрами для целей участия в совещаниях, семинарах, симпозиумах, семинарах и других научно-исследовательских мероприятий, связанных с сотрудничеством в рамках настоящего Соглашения; обмен информацией о практике, законах, правилах и программах, касающихся сотрудничества в рамках Соглашения; других видов деятельности, которые могут быть взаимно определены Совместным комитетом по научно-технологическому взаимодействию.

— Обмен письмами между правительством Канады и Европейским сообществом по атомной энергии, изменяющими соглашение о взаимодействии в мирном использовании атомной энергии, подписанном 6 октября 1959 года⁵.

⁵ Exchange of Letters between the Government of Canada and the European Atomic Energy Community (Euratom) amending the Agreement for Co-operation in the Peaceful Uses of Atomic Energy signed October 6, 1959 // CTS 1991. № 23.

— Обмен письмами между правительством Канады и Европейским сообществом по атомной энергии, устанавливающим соглашение о взаимодействии в мирном использовании атомной энергии, 1985⁶.

— Соглашение в форме обмена письмами между правительством Канады и Европейским сообществом по атомной энергии о введении в действие требований, установленных в параграфе 5 обмена письмами произведённого 20 ноября 1984 года⁷.

— Соглашение в форме обмена письмами между Европейским сообществом по атомной энергии и правительством Канады о замене «временной договоренности, касающейся обогащения, переработки и последующего хранения ядерных материалов в рамках Сообщества и Канады» составляющего приложение «С» соглашения в форме обмена письмами от 16 января 1978 между Евратомом и Правительством Канады, 1981⁸.

— Обмен письмами между правительством Канады и Европейским сообществом по атомной энергии о внесении поправок в соглашение между Правительством Канады и Европейским сообществом по атомной энергии о сотрудничестве в области мирного использования

⁶ Exchange of Letters between the Government of Canada and the European Atomic Energy Community (EURATOM) constituting an Agreement for Co-operation in the Peaceful Uses of Atomic Energy // CTS 1985. № 14.

⁷ Agreement in the form of Exchange of Letters between the Government of Canada and the European Atomic Energy Community giving effect to the Requirement, as set out in Paragraph 5 of the Exchange of Letters initialled on November 20, 1984 // CTS 1985. № 13.

⁸ Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Atomic Energy Community (EURATOM) and the Government of Canada intended to replace the "Interim Arrangement concerning Enrichment, Reprocessing and Subsequent Storage of Nuclear Material within the Community and Canada" constituting Annex C of the Agreement in the form of an Exchange of Letters of 16 January 1978 between EURATOM and the Government of Canada // CTS 1981. № 28.

атомной энергии от 6 октября 1959 года, в частности в которой оно относится к мерам предосторожности⁹.

— Обмен нотами между Канадой и Европейским сообществом по атомной энергии о вступлении в силу соглашения о сотрудничестве в области мирного использования атомной энергии от 6 октября 1959 года¹⁰.

— Соглашение между правительством Канады и Европейским сообществом по атомной энергии о сотрудничестве в области мирного использования атомной энергии, 1959¹¹.

3) Договоры, заключённые с Европейским экономическим сообществом:

— Соглашение между Канадой и Европейским экономическим сообществом о торговле алкогольными напитками, 1989¹². Соглашение вводит национальный режим для ряда алкогольных напитков, ввозимых из ЕС в Канаду. Так, канадские компетентные органы должны предоставлять национальный режим крепким спиртным напиткам, которые являются продуктом Сообщества, в отношении мер, затрагивающих вопросы допуска на рынок, продажи и торговых наценок таких продуктов. Канадские компетентные органы: должны предоставлять национальный режим пиву, являющемуся продуктом Сообщества в отношении допуска на рынок, а также, Канада обязуется

⁹ Exchange of Letters between the Government of Canada and the European Atomic Energy Community (EURATOM) to amend the Agreement between the Government of Canada and the European Atomic Energy Community for Co-operation in the Peaceful Uses of Atomic Energy of October 6, 1959, particularly insofar as it relates to Safeguards // CTS 1978. № 26.

¹⁰ Exchange of Notes between Canada and EURATOM bringing into force the Agreement signed at Brussels on October 6, 1959 for Co-operation in the Peaceful Uses of Atomic Energy // CTS 1959. № 22.

¹¹ Agreement between the Government of Canada and the European Atomic Energy Community (EURATOM) for co-operation in the Peaceful Uses in Atomic Energy // CTS 1959. № 22.

¹² Agreement between Canada and the European Community concerning Trade and Commerce in Alcoholic Beverages // CTS 1989 № 4.

не вводить каких бы то ни было торговых наценок, которые существуют на момент 1 декабря 1988 года, между пивом, произведенным в Европейском экономическом сообществе и в Канаде. Канадские компетентные органы должны предоставлять национальный режим вину, которое является продуктом Сообщества в отношении мер, затрагивающих вопросы допуска на рынок и продаж.

— Соглашение в форме обмена письмами между Европейским экономическим сообществом и правительством Канады о рыболовстве, 1984¹³.

— Соглашение о рыболовстве между Правительством Канады и Европейским экономическим сообществом, 1981¹⁴. По данному договору обе Стороны обязались тесно сотрудничать в вопросах, касающихся сохранения и использования живых ресурсов моря. Они принимают соответствующие меры для содействия такому сотрудничеству, консультируются и сотрудничают в международных переговорах и организациях с целью достижения общих целей по вопросам рыболовства. Стороны обязались проводить периодические двухсторонние консультации.

— Соглашение в форме обмена письмами между правительством Канады и Европейским экономическим сообществом, относительно рыболовства, 1981¹⁵.

— Соглашение в форме обмена письмами, предусматривающее предварительное заключение двух соглашений, касающихся

¹³ Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Economic Community and the Government of Canada concerning their Fisheries Relations // CTS 1984 № 2.

¹⁴ Agreement on Fisheries between the Government of Canada and the European Economic Community // CTS 1981 № 30.

¹⁵ Agreement in the form of an Exchange of Letters between the Government of Canada and the European Economic Community concerning their Fisheries Relations // CTS 1981 № 30.

рыболовства в форме обмена письмами между Европейским экономическим сообществом и правительством Канады, 1980 (не действует)¹⁶.

— Соглашение в форме обмена письмами между Европейским экономическим сообществом и правительством Канады о продлении соглашения о рыболовстве, 1980 (не действует)¹⁷.

— Соглашение в форме обмена письмами между Европейским экономическим сообществом и правительством Канады о промысле лосося, 1980 (не действует)¹⁸.

— Соглашение о рыболовстве между правительством Канады и Европейским экономическим сообществом, 1979 (не действует)¹⁹.

— Соглашение в форме обмена письмами между Европейским экономическим сообществом и правительством Канады о соглашении по рыболовству, 1979 (не действует)²⁰.

— Соглашения в отношении качественной пшеницы, 1962²¹.

— Соглашения в отношении обычной пшеницы, 1962²².

4) Договоры, заключённые с Европейскими сообществами:

¹⁶ Agreement in the form of an Exchange of Letters providing for the Provisional Application of two Agreements concerning Fisheries in the form of Exchanges of Letters between the European Economic Community and the Government of Canada // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103043> (дата обращения: 01.08.2013).

¹⁷ Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Economic Community and the Government of Canada concerning the Extension of their Agreement on Fisheries // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103044> (дата обращения: 01.08.2013).

¹⁸ Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Economic Community and the Government of Canada concerning Salmon Fishing // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103045> (дата обращения: 01.08.2013).

¹⁹ Agreement on Fisheries between the Government of Canada and the European Economic Community // CTS 1979 № 33.

²⁰ Agreement in the form of an Exchange of Letters between the European Economic Community and the Government of Canada concerning their Agreement on Fisheries // CTS 1979 № 33.

²¹ Agreement with respect to Quality Wheat // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=102694> (дата обращения: 01.08.2013).

²² Agreement with Respect to Ordinary Wheat // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=103048> (дата обращения: 01.08.2013).

— Соглашение между Правительством Канады и Европейскими сообществами в отношении применения законодательства о защите конкуренции²³. Целью настоящего Соглашения является содействие сотрудничеству и координации между ведомствами по защите конкуренции Договаривающихся Сторон, а также, уменьшение возможности появления коллизий и различий в области применения законов о конкуренции.

— Рамочное соглашение о торгово-экономическом сотрудничестве между Канадой и Европейскими сообществами²⁴. По данному соглашению, в соответствии с правами и обязанностями в рамках Генерального соглашения по тарифам и торговле, Договаривающиеся Стороны предоставляют друг другу на равной и взаимной основе, режим наиболее благоприятствующей нации. Соглашение приводит перечень сфер взаимодействия: развитие и процветание промышленности; поощрение научно-технического прогресса; открытие новых источников поставок и новых рынков; создание новых рабочих мест; сокращение региональных диспропорций; защита и улучшение состояния окружающей среды; внесение своего вклада в развитие экономик Договаривающихся Сторон и уровня жизни. Соглашение предусматривает создание совместного комитета по взаимодействию.

5) Договоры, заключённые с Европейским сообществом:

— Обмен письмами о поправке к Приложению V к соглашению между Европейским сообществом и Правительством Канады по

²³ Agreement between the Government of Canada and the European Communities Regarding the Application of their Competition Laws // CTS 1999. № 38.

²⁴ Framework Agreement for Commercial and Economic Cooperation between Canada and the European Communities // CTS 1976. № 35.

санитарным мерам для защиты здоровья населения и животных в отношении торговли живыми животными и продуктами животного происхождения, 2010²⁵.

— Соглашение о воздушном транспорте между Канадой и Европейским сообществом, а также, его государствами-членами, 2009²⁶.

— Соглашение о безопасности гражданской авиации между Канадой и Европейским сообществом, 2011²⁷. Целями настоящего Соглашения являются: 1) установление, в соответствии с действующим законодательством принципов и договоренностей, в целях дать возможность взаимного признания официальных документов, выдаваемых компетентными органами любой из сторон в областях, охватываемых Соглашением; 2) адаптация Сторон договора к новой тенденции многонационального проектирования, производства, технического обслуживания и обмена гражданской авиационной техники, включая общие интересы Сторон, касающиеся безопасности полетов гражданской авиации и качества окружающей среды; 3) содействовать сотрудничеству в сфере поддержания безопасности и качества окружающей среды; 4) поощрение и облегчение продолжающегося обмена гражданской авиационной техникой и услугами. Ст. 9 Соглашения предусматривает создание Объединённого комитета. Объединенный комитет, состоит из представителей каждой из Сторон. Объединенный комитет несет ответственность за эффективное функционирование Соглашения и должен проводить

²⁵ Exchange of Letters concerning the amendment of Annex V to the Agreement between the European Community and the Government of Canada on sanitary measures to protect public and animal health in respect of trade in live animals and animal products // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=105131> (дата обращения: 01.08.2013).

²⁶ Agreement on Air Transport between Canada and the European Community and its Member States // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=105207> (дата обращения: 01.08.2013).

²⁷ Agreement on Civil Aviation Safety between Canada and the European Community // CTS 2011 № 10.

заседания на регулярной основе, чтобы оценить эффективность реализации Соглашения.

— Соглашение между правительством Канады и Европейским сообществом о статье XXIV:6 ГАТТ, 2007²⁸.

— Соглашение между Правительством Канады и Европейским сообществом о создании системы сотрудничества в области высшего образования, профессиональной подготовки и молодежи²⁹. В рамках соглашения будет функционировать совместный комитет. Обе стороны обязуются создать фонды для финансирования проектов вытекающих из действия соглашения. Оперативные цели Соглашения заключаются в следующем: поддержка сотрудничества между высшим образованием и учебными заведениями с целью продвижения и развития совместных исследований и (или) учебных программ и академической мобильности студентов; улучшение качества трансатлантической студенческой мобильности путем содействия обеспечению транспарентности взаимного признания квалификаций, а также, периодов обучения и подготовки кадров, и, в случае необходимости, переносимость кредитов; поддержка сотрудничества между государственными и частными организациями, функционирующими в области высшего образования, профессиональной подготовки молодежи, с целью поощрения дискуссии и обмена опытом, по вопросам политики, поддержки трансатлантической мобильности профессионалов (в том числе специалистов-стажеров), с целью улучшения взаимопонимания и компетенции по вопросам, связанным с Европейским союзом (или

²⁸ Agreement between the Government of Canada and the European Community on the conclusion of GATT Article XXIV:6 Negotiations // CTS 2007 № 13.

²⁹ Agreement between the Government of Canada and the European Community establishing a Framework for Cooperation in Higher Education, Training and Youth // CTS 2007. № 5.

канадскими исследованиями); поддержка сотрудничества между молодежными структурами и организациями, а также с молодежью; поддержка молодых лидеров с целью содействия обмену передовыми практиками и развивающимися сетями.

— Соглашение между Правительством Канады и Европейским сообществом об обработке предварительной информации о пассажирах и о записи информации об именах пассажиров, 2006³⁰. Целью настоящего Соглашения является обеспечение истинности таких данных, как API (расширенная информация о пассажирах) или PNR (запись о регистрации пассажира). При этом они должны учитываться и храниться в полном соответствии с основными правами и свободами, в особенности, учитывая право на неприкосновенность частной жизни. Под действие соглашения подпадают все авиаперевозки с территории одной Стороны на территорию другой.

— Обмен письмами о достижении соглашения между правительством Канады и Европейским сообществом о внесении поправок в приложения V и VIII Приложения к соглашению между Европейским экономическим сообществом и правительством Канады по санитарным мерам для защиты здоровья населения и животных в отношении торговли живыми животными и продуктов животного происхождения, сделано в Оттаве 17 декабря 1998 года³¹.

³⁰ Agreement between the Government of Canada and the European Community on the Processing of Advance Passenger Information and Passenger Name Record Data // CTS 2006. № 8.

³¹ Exchange of Letters constituting an Agreement between the Government of Canada and the European Community amending Annex V and Annex VIII to the Agreement between the European Community and the Government of Canada on sanitary measures to protect public and animal health in respect of trade in live animals and animal products, done at Ottawa on 17 December 1998 // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=105022> (дата обращения: 01.08.2013).

— Соглашение между правительством Канады и Европейским сообществом о торговле винами и спиртными напитками, 2004³².

— Соглашение в форме обмена письмами между Европейским сообществом и Канадой в соответствии со статьей XXVIII ГАТТ 1994 для модификации уступки в отношении зерновых, предусмотренной для ЕС в СХЛ-инструкции, прилагаемой к ГАТТ, 2005³³.

— Соглашение между правительством Канады и Европейским сообществом, обновляющее программу взаимодействия в сфере высшего образования и обучения, 2001 (не действует)³⁴.

— Соглашение между Европейским сообществом и правительством Канады по санитарным мерам для защиты здоровья населения и животных в отношении торговли живыми животными и продуктами животного происхождения, 1998³⁵.

— Соглашение об изменении договора о научно-техническом сотрудничестве между Канадой и Европейским сообществом, 1999³⁶.

— Соглашение о взаимном признании между Европейским сообществом и Канадой, 1998³⁷.

— Соглашение между Канадой и Европейским сообществом о таможенном сотрудничестве и взаимной помощи в таможенных делах³⁸.

³² Agreement between Canada and the European Community on Trade in Wines and Spirit Drinks // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=104976> (дата обращения: 01.08.2013).

³³ Agreement in the form of an exchange of letters between the European Community and Canada pursuant to Article XXVIII of GATT 1994 for the modification of concessions with respect to cereals provided for in EC Schedule CXL annexed to the GATT 1994 // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=104961> (дата обращения: 01.08.2013).

³⁴ Agreement between the Government of Canada and the European Community Renewing a Cooperation Programme in Higher Education and Training // CTS 2001. № 16.

³⁵ Agreement between the European Community and the Government of Canada on sanitary measures to protect public and animal health in respect of trade in live animals and animal products // CTS 1998. № 47.

³⁶ Agreement amending the Agreement for Scientific and Technological Cooperation between Canada and the European Community // CTS 1999. № 17.

³⁷ Agreement on Mutual Recognition between the European Community and Canada // CTS 1998. № 40.

Соглашение предусматривает создание совместного комитета по таможенному взаимодействию. Таможенные органы одной из Договаривающихся сторон по запросу или по собственной инициативе могут взаимодействовать с таможенными органами другой стороны. В частности, таможенные органы могут передавать друг другу любую имеющуюся информацию, касающуюся новых таможенных методов, доказавших свою эффективность, а также, сведения о новых тенденциях, средствах или методах совершения нарушений таможенного законодательства. Коммуникация между таможенными органами осуществляется посредством запросов.

— Соглашение о завершении переговоров между Канадой и Европейским сообществом в соответствии со статьей XXIV: 6 ГАТТ, 1996³⁹.

— Обмен письмами о достижении соглашения между Канадой и Европейским сообществом в соответствии со статьей XXIV: 6 ГАТТ, 1996⁴⁰.

— Обмен письмами между правительством Канады и Европейским сообществом, о достижении соглашения об условиях урегулирования споров Всемирной торговой организации (WT/DS7), 1996⁴¹.

³⁸ Agreement between Canada and the European Community on Customs Cooperation and Mutual Assistance in Customs Matters // CTS 1998. № 2.

³⁹ Agreement for the Conclusion of Negotiations between Canada and the European Community under Article XXIV:6 // CTS 1996. № 43.

⁴⁰ Exchange of Letters constituting an Agreement between Canada and the European Community on the Conclusion of Negotiations Under Article XXIV:6 // CTS 1996. № 34.

⁴¹ Exchange of Letters between the Government of Canada and the European Communities constituting an Agreement on the terms of settlement of the World Trade Organization dispute (EC — Trade Description of Scallops) (WT/DS7) // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/details.aspx?id=100684> (дата обращения: 01.08.2013).

— Соглашение между Канадой и Европейским сообществом о взаимодействии в сфере высшего образования и обучения, 1996 (не действует)⁴².

— Соглашение о научно-техническом сотрудничестве между Канадой и Европейским сообществом, 1996⁴³. Целью настоящего Соглашения является оказание содействия и поддержка сотрудничества между Сообществом и Канадой в областях, представляющих взаимный интерес, в которых Стороны, поддерживают научные исследования и разработки для развития науки и (или) технологий, имеющих отношение к техническим областям, представляющим взаимный интерес. Сотрудничество в рамках соглашения может осуществляться в следующих областях: сельское хозяйство, включая рыболовство; медицинские исследования в области здравоохранения; не ядерная энергия; окружающая среда, в том числе наблюдения за Землей; лесное хозяйство; информационные технологии; коммуникационные технологии; интегрированные средства передачи и обработки информации для экономического и социального развития; выработка полезных ископаемых.

б) Договоры, заключённые с Европейским Союзом.

В последние годы кооперация между Канадой и Европейским союзом особенно усиливается. Взаимодействие осуществляется в военной, экономической и таможенной сферах. Так, в 2005 году было заключено соглашение об установлении рамок участия Канады в

⁴² Agreement between Canada and the European Community Establishing a Cooperation Programme in Higher Education and Training // CTS 1996. № 4.

⁴³ Agreement for Scientific and Technological Cooperation between Canada and the European Community // CTS 1996. № 24.

операциях европейского кризисного управления⁴⁴. Соглашение предусматривает возможность участия Канады как в гражданских, так и в военных операциях кризисного управления. Канада принимает на себя все расходы, связанные с её участием в кризисном управлении, хотя может быть предусмотрено и общее финансирование и создан бюджет операции.

В соответствии с соглашением Канада обязана участвовать в совместных действиях с ЕС, в случаях, если Совет Европейского Союза постановил провести операцию антикризисного управления, а также и в случаях, когда Совет Европейского Союза постановляет внести изменения или продлить мандаты Европейского кризисного управления. Участие Канады в антикризисном управлении в ЕС не должно наносить ущерба автономии принятия решений в Европейском Союзе. В случае, если в ходе антикризисного управления канадский персонал будет работать над секретной информацией Европейского Союза, к ней должны применяться базовые принципы и минимальные стандарты, закреплённые в Решении Совета ЕС 2001/264/ЕС от 19 Марта 2001 года⁴⁵. Если секретную информацию от Канады получает Европейский союз, то к ней также применяются правила, закреплённые в вышеназванном решении Совета ЕС. Ст. 13 соглашения налагает на Канаду обязанность по проведению имплементационных мер в отношении Соглашения.

⁴⁴ Agreement between Canada and the European Union establishing a framework for the participation of Canada in the European Union crisis management operations // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105049> (дата обращения: 27.12.2013).

⁴⁵ Council Decision 2001/264/EC of 19 March 2001 // OJ L 101, 11.4.2001.

В 2013 году было заключено соглашение о таможенном взаимодействии по вопросам безопасности каналов поставки⁴⁶. В соответствии с данным соглашением Стороны будут сотрудничать по вопросам безопасности каналов поставки, а также, по вопросам управления рисками. Стороны будут координировать это сотрудничество через свои таможенные органы.

Петра Долата-Кройцкамп отмечает, что инициатива ведения трансатлантической экономической политики исходит от Канады, а со стороны ЕС порой встречается безразличие⁴⁷. В настоящее время самой важно точкой соприкосновения Канады и ЕС является договор о свободной торговле. Возможность его заключения обсуждалась с 2007 года, а 18 октября 2013 года было достигнуто политическое соглашение о ключевых позициях договора⁴⁸. По данным статистики 2012 года, объём как экспорта, так и импорта товаров между Европейским союзом и Канадой составляет 25 млрд. евро. ЕС импортировала из Канады услуг на 10 млрд. евро и экспортировала на 15 млрд. евро. Исходя из всего вышеизложенного, Канада выступает одним из важнейших экономических партнёров ЕС.

В заключение статьи можно сделать следующие выводы:

Двусторонние договоры заключались Канадой на всех этапах развития европейской интеграции, в том числе и на самой ранней её стадии.

⁴⁶ Agreement between Canada and the European Union on Customs Cooperation with Respect to Matters Related to Supply-Chain Security // URL: <http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105337> (дата обращения: 27.12.2013).

⁴⁷ Petra Dolata-Kreutzkamp and Veronica Kitchen International Journal Vol. 63, No. 3, Canada-Germany Relations: Essays in Honour of Robert Spencer: Annual John W. Holmes Issue on Canadian Foreign Policy (Summer, 2008), pp. 625-626.

⁴⁸ URL: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/canada/> (дата обращения: 27.12.2013).

В настоящее время между Канадой и ЕС (Сообществами) действует около 40 двусторонних договоров, заключённых преимущественно в областях экономического, таможенного и научного сотрудничества.

АНТИКОРРУПЦИОННЫЙ КОМПЛАЕНС-КОНТРОЛЬ В РОССИЙСКИХ КОМПАНИЯХ

Эдуард Иванов* *

Аннотация. В статье дается анализ новых положений российского законодательства, регулирующих деятельность компаний по предупреждению коррупции и практики, складывающейся в компаниях. Автор рассматривает основные обязанности компаний, требования к разработке Кодекса деловой этики и антикоррупционной политики компании, основные антикоррупционные стандарты и процедуры, систему оценки риска и выявления подозрительных операций. Проводится сравнение положений законодательства о противодействии отмыванию денег и антикоррупционного законодательства. Отдельное внимание в статье уделяется административной ответственности компаний за совершение правонарушений коррупционного характера.

Ключевые слова: предупреждение коррупции, комплаенс-контроль, антикоррупционная политика, антикоррупционная оговорка, конфликт интересов.

* Иванов Эдуард Александрович, д.ю.н., проф., зам. декана факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

* Данное научное исследование (№ 14-01-0052) выполнено при поддержке Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2014/2015 гг.

ANTI-CORRUPTION COMPLIANCE CONTROLE IN RUSSIAN COMPANIES

Eduard Ivanov* *

Abstract. The author analyzes new regulation of anti-corruption compliance under Russian law and application of these norms in Russian companies. He also gives general overview of main obligations of companies, requirements for the development of the Code of business ethics, Anti-corruption policy, main anti-corruption standards and procedures, the system of risk-assessment and identification of suspicious transactions. Obligations of companies under anti-money laundering law and under anti-corruption law are also analyzed in the article. Special attention is paid on administrative liability of companies.

Keywords: prevention of corruption, compliance control, anti-corruption policy, anti-corruption clause, conflict of interests.

В последние годы, как в международном праве, так и в национальном законодательстве государств наблюдается четко выраженная тенденция принятия новых норм в целях усиления борьбы с коррупцией. Значительное влияние на развитие законодательства государств оказала Конвенция ОЭСР «О противодействии подкупу иностранных должностных лиц при осуществлении международных

* Eduard Ivanov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Deputy Dean of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics.

* This study (research grant No 14-01-0052) was supported by The National Research University–Higher School of Economics’ Academic Fund Program in 2014/2015.

коммерческих сделок» 1997 г., вступившая в силу в 1999 г. Россия ратифицировала Конвенцию ОЭСР в феврале 2012 г., приняв Федеральный закон от 1 февраля 2012 г. N 3-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок»¹. Антикоррупционные нормы вошли и в новые «Международные стандарты борьбы с отмыванием денег, финансированием терроризма и распространения оружия массового уничтожения», принятые на Пленарном заседании ФАТФ 16 февраля 2012 г.

Российское законодательство основано на широком подходе к пониманию коррупции, охватывающем как публичный, так и частный сектор. В ст. 1 Федерального закона «О противодействии коррупции» коррупция определяется как:

а) злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами;

б) совершение деяний, указанных в подпункте «а» настоящего пункта, от имени или в интересах юридического лица.

¹ Федеральный закон от 1 февраля 2012 г. N 3-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок» // СЗ РФ. 2012. № 6. Ст. 622.

В УК РФ содержится ряд составов коррупционных преступлений, хотя отсутствует сам термин «коррупция». К коррупционным преступлениям относятся: получение взятки (ст. 290), дача взятки (ст. 291), посредничество во взяточничестве (291.1), провокация взятки либо коммерческого подкупа (ст. 301), коммерческий подкуп (ст. 204), злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285), служебный подлог (ст. 292), нецелевое расходование бюджетных средств и средств внебюджетных фондов (ст. ст. 285.1 и 285.2), злоупотребление полномочиями (ст.201).

В развитии российского антикоррупционного законодательства можно выделить несколько основных направлений: усиление ответственности за коррупционные преступления, в том числе установление административной ответственности юридических лиц; введение ограничений для государственных и муниципальных служащих и формирование системы контроля за их доходами и расходами; принятие мер по предотвращению конфликта интересов. Новым направлением противодействия коррупции стало партнерство государства и бизнеса и возложение обязанностей по противодействию коррупции на российские компании.

С 1 января 2013 года вступили в силу изменения и дополнения в Федеральный закон от 25 декабря 2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», направленные на принятие мер по предупреждению коррупции в организациях². В соответствии со статьей 13.3. Федерального закона «О противодействии коррупции» организации

² Федеральный закон от 03 декабря 2012 г. N 231-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам" // СЗ РФ. 2012. № 50 (часть IV). Ст. 6954.

обязаны разрабатывать и принимать меры по предупреждению коррупции, включающие:

- 1) определение подразделений или должностных лиц, ответственных за профилактику коррупционных и иных правонарушений;
- 2) сотрудничество организации с правоохранительными органами;
- 3) разработку и внедрение в практику стандартов и процедур, направленных на обеспечение добросовестной работы организации;
- 4) принятие кодекса этики и служебного поведения работников организации;
- 5) предотвращение и урегулирование конфликта интересов;
- 6) недопущение составления неофициальной отчетности и использования поддельных документов.

Новые требования российского антикоррупционного законодательства оказались в некоторой степени близки к требованиям законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма. В целях противодействия легализации преступных доходов и финансированию терроризма организации обязаны назначить ответственного сотрудника, утвердить правила внутреннего контроля, осуществлять идентификацию клиентов, представителей, выгодоприобретателей и бенефициарных владельцев, выявлять операции, подлежащие обязательному контролю и необычные сделки, сотрудничать с уполномоченным государственным органом. Вместе с тем, необходимо отметить, что соответствующие обязанности

возлагаются только на организации, указанные в ст. 5 Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма». Обязанности по предупреждению коррупции распространяются на все без исключения организации, независимо от видов деятельности, организационно-правовых форм и форм собственности. Отдельные положения антикоррупционных стандартов и процедур близки к положениям правил внутреннего контроля, но имеются и весьма существенные отличия.

В соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 2 апреля 2013 г. № 309 «О мерах по реализации отдельных положений Федерального закона «О противодействии коррупции» Министерством труда и социальной защиты Российской Федерации 8 ноября 2013 г. были утверждены Методические рекомендации по разработке и принятию организациями мер по предупреждению и противодействию коррупции. Методические рекомендации должны помочь организациям в разработке внутренних документов и процедур по предупреждению коррупции. Российские организации, работающие на зарубежных рынках и с зарубежными партнерами, учитывают при разработке внутренних документов и нормы зарубежного законодательства. Особое внимание уделяется законодательству Великобритании, Канады и США.

Определение сотрудника или структурного подразделения компании, отвечающего за предупреждение коррупции.

Решение о назначении сотрудника, определении или создании структурного подразделения, отвечающего за предупреждение коррупции, зависит от размера и финансовых возможностей компании.

Как показывает проводимое автором исследование, российские компании придерживаются различных подходов к определению места подразделения по предупреждению коррупции в структуре компании. В качестве основных вариантов можно выделить создание самостоятельно подразделения, подчиненного одному из руководителей компании; возложение функции предупреждения коррупции на службу безопасности, юридическую службу или управление (отдел) финансового мониторинга.

При решении о подчиненности подразделения по предупреждению коррупции необходимо учитывать, что оно должно иметь возможность выявлять факты коррупции на всех уровнях работы компании, то есть иметь достаточно высокую степень независимости. Российское законодательство не предусматривает прямого подчинения каких-либо структурных подразделений компании совету директоров. Соответственно, подразделение по предупреждению коррупции должно подчиняться, или, по крайней мере, иметь право непосредственно докладывать генеральному директору либо одному из главных менеджеров. Как показывает практика российских и зарубежных компаний, сотрудник, отвечающий за предупреждение коррупции, регулярно предоставляет отчеты совету директоров либо общему собранию учредителей и имеет право в инициативном порядке информировать совет директоров либо комитет по аудиту о выявленных фактах коррупции в руководстве компании. Он должен

организовывать работу компании по предупреждению коррупции, доводить требования о необходимости соблюдения антикоррупционных норм до сведения всех сотрудников и получать от них информацию, касающуюся подозрительных случаев. Подразделение по предупреждению коррупции или ответственный сотрудник, как правило, взаимодействуют с подразделением финансового мониторинга, кадровой службой, службой безопасности и юридической службой компании, в частности по вопросам изучения контрагентов, согласования контрактов, оценки подозрительных операций, приема на работу, предотвращения конфликта интересов.

Кодексы этики и служебного поведения.

Российские компании обязаны разработать и принять внутренние антикоррупционные документы общего характера: Кодекс этики или Кодекс служебного поведения.

Кодекс этики или служебного поведения определяет неприятие компанией коррупции в своей деятельности и участие высшего менеджмента в организации противодействия коррупции. Кодекс является базовым документом, определяющим ключевые принципы и требования, направленные на предотвращение коррупции и соблюдение норм применимого антикоррупционного законодательства компанией, ее органами управления, сотрудниками и иными лицами, которые могут действовать от имени компании. В кодексах также формируются основные этические принципы работы компании и ее сотрудников. В ряде компаний в кодексы включены положения по предотвращению и урегулированию конфликта интересов.

Антикоррупционная политика компании.

Антикоррупционная политика компании является внутренним документом компании, включающим необходимые стандарты и процедуры в целях предупреждения коррупции.

Исходя из анализа Методических рекомендаций Министерства труда и социальной защиты Российской Федерации и практики российских компаний, можно выделить следующие стандарты и процедуры, включаемые в антикоррупционную политику:

- организация работы компании по предотвращению коррупции;
- взаимодействие с филиалами, дочерними и зависимыми компаниями;
- подарки и прием партнеров;
- расходы на промоушен;
- благотворительность;
- поддержка политических партий (если компания в принципе поддерживает или планирует поддерживать какие-либо политические партии);
- антикоррупционная оговорка в договорах компании;
- процедура изучения партнеров и клиентов;
- процедура оценки риска и критерии присвоения уровня риска;
- процедура контроля финансовых операций на предмет возможной связи с коррупцией;
- процедура информирования о конфликте интересов;

— процедура деятельности компании в случае, если она сталкивается с вымогательством или наоборот предложением взятки, процедуру поведения сотрудников в таких случаях;

- антикоррупционные процедуры при приеме на работу;
- обучение сотрудников;
- мониторинг применения антикоррупционной политики.

При разработке антикоррупционной политики компании должны учитывать не только нормы антикоррупционного законодательства, но и нормы других отраслей права. Так, при установлении допустимых расходов на подарки необходимо учитывать ст. 575 ГК РФ, запрещающую подарки на сумму свыше трех тысяч рублей лицам, замещающим государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, муниципальные должности, государственным служащим, муниципальным служащим, служащим Банка России в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей, а также подарки свыше указанной суммы в отношениях между коммерческими организациями. Помимо этого, необходимо учитывать п. 28 ст. 217 НК РФ, в соответствии с которым подарки стоимостью свыше 4 тыс. руб. подлежат обязательному декларированию. При работе с иностранными партнерами должны приниматься во внимание и нормы соответствующего иностранного законодательства.

Прием на работу граждан, замещавших должности государственной и муниципальной службы должен осуществляться в

соответствии с положениями ст. 12 Федерального закона «О противодействии коррупции» и других норм законодательства.

Важное значение для реализации антикоррупционной политики компании имеет оценка уровня риска контрагента. Для этого в политику включаются специальные процедуры оценки риска и критерии присвоения уровня риска. В российских компаниях достаточно часто используется трехуровневая шкала риска, предполагающая присвоение высокого, среднего или низкого уровня.

Высокий уровень риска может присваиваться контрагентам из стран и регионов мира, в которых по международным оценкам существует высокий уровень коррупции. Также могут определяться виды бизнеса, отличающиеся высоким уровнем коррупции. Существует целый ряд других критериев, в частности, отсутствие у контрагента антикоррупционной политики, отсутствие надлежащей подготовки персонала, отсутствие ясности в политиках компании в отношении подарков, расходов на прием партнеров, расходов на промоушен, пожертвований на благотворительные цели и поддержку политических партий, отсутствие финансового контроля в компании, отсутствие четкой позиции высшего менеджмента в отношении неприемлемости взяточничества.

В антикоррупционной политике определяется процедура принятия решения о целесообразности или нецелесообразности работы с партнерами, имеющими высокий уровень риска. В зависимости от уровня риска контрагента решение о сотрудничестве с ним может приниматься различными органами компании. В российской практике

сделки с высоким уровнем риска обычно одобряются коллективно высшими менеджерами компании.

Для оценки коррупционных рисков при совершении финансовых операций компаниям необходимо разработать перечень признаков подозрительных операций. К ним могут относиться:

— платежи в пользу государственных служащих и их родственников, в частности выплаты гонораров и грантов;

— платежи государственных компаний (компаний с государственным участием) в офшорные территории, расчеты через счета в офшорных банках;

— размещение государственными компаниями (компаниями с государственным участием) денежных средств на рынке ценных бумаг с последующим переводом части средств на счета третьих лиц по поручению руководства государственной компании;

— платежи государственных компаний (компаний с государственным участием) на счета некоммерческих организаций с последующим переводом части средств в пользу коррумпированных должностных лиц;

— платежи государственных компаний (компаний с государственным участием) в пользу организаций, имеющих признаки фиктивности;

— страхование рисков по завышенным страховым тарифам с последующим снятием наличных средств или перестрахованием в офшорных «перестраховочных» компаниях;

— слишком высокие суммы комиссионного вознаграждения, в которых могут быть заложены коррупционные выплаты;

— покупка у чиновника объекта недвижимости или иного имущества по завышенной цене (скрытая взятка).

В антикоррупционной политике также должна быть четко определена процедура деятельности компании в случае, если она сталкивается с вымогательством или наоборот предложением взятки, порядок поведения сотрудников в таких случаях. Данная процедура должна определять, к кому обращается сотрудник компании, если столкнется с предложением или требованием взятки. Должно быть оговорено соблюдение конфиденциальности и то, что к работнику не будут применены какие-либо санкции в связи с его сообщением, а также действия компании после получения сообщения.

Для практической реализации положений антикоррупционной политики компании должны осуществлять обучение сотрудников на регулярной основе, а также при приеме на работу и в связи с изменениями антикоррупционного законодательства. Прохождение сотрудниками обучения необходимо документально фиксировать в соответствии с порядком, определяемым в антикоррупционной политике.

В целях оценки эффективности антикоррупционной политики компании осуществляют мониторинг принятых программ и процедур, а также предоставляют регулярные отчеты Совету директоров или Общему собранию учредителей об исполнении антикоррупционной программы.

Антикоррупционная оговорка к договорам позволяет обеспечить соблюдение Кодекса деловой этики и антикоррупционной политики компании при работе с контрагентами. Антикоррупционная оговорка

предполагает право компании расторгнуть договор и требовать возмещения убытков в случае нарушения контрагентом условий оговорки.

Оговорка может включать:

- раскрытие конечных бенефициаров;
- информирование о выявленных фактах коррупции;
- ответы на запросы, необходимые для реализации антикоррупционных программ, в согласованные сроки;
- право на проведение аудита антикоррупционных процедур партнера;
- детальное обоснование цен;
- отказ от стимулирования работников другой стороны в собственных интересах;
- условия о гарантиях конфиденциальности антикоррупционных процедур и негативных последствий для лиц, сообщивших о фактах коррупции.

Существует различная практика применения антикоррупционной оговорки в компаниях. Некоторые компании включают оговорку во все договоры, независимо от предмета и суммы. Другие компании применяют антикоррупционную оговорку, только если контрагенту присвоен высокий или средний уровень риска или сумма договора превышает определенную пороговую величину, установленную во внутренних документах компании.

Если обе стороны договора имеют собственный вариант антикоррупционной оговорки, необходимо проведение переговоров и

выработка компромиссного варианта. Оговорка включается как в новые договоры, так и в уже действующие договоры.

Административная ответственность юридических лиц за правонарушения коррупционного характера.

Компании должны учитывать, что наряду с уголовной ответственностью физических лиц за совершение преступлений коррупционного характера в России установлена административная ответственность юридических лиц. Статья 19.28. КоАП РФ (Незаконное вознаграждение от имени юридического лица) предусматривает, что незаконные передача, предложение или обещание от имени или в интересах юридического лица должностному лицу, лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, иностранному должностному лицу либо должностному лицу публичной международной организации денег, ценных бумаг, иного имущества, оказание ему услуг имущественного характера, предоставление имущественных прав за совершение в интересах данного юридического лица должностным лицом, лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, иностранным должностным лицом либо должностным лицом публичной международной организации действия (бездействие), связанного с занимаемым ими служебным положением, — влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере до трехкратной суммы денежных средств, стоимости ценных бумаг, иного имущества, услуг имущественного характера, иных имущественных прав, незаконно переданных или оказанных либо

обещанных или предложенных от имени юридического лица, но не менее одного миллиона рублей с конфискацией денег, ценных бумаг, иного имущества или стоимости услуг имущественного характера, иных имущественных прав. Сумма штрафа определяется в размере, кратном сумме незаконного вознаграждения.

На наш взгляд, наличие в компании Кодекса деловой этики и антикоррупционной политики может использоваться компанией в суде для доказывания того факта, что выплата незаконного вознаграждения являлась личной инициативой виновного сотрудника, а не политикой компании.

Статья 19.29. КоАП РФ устанавливает административную ответственность за незаконное привлечение к трудовой деятельности либо к выполнению работ или оказанию услуг государственного или муниципального служащего либо бывшего государственного или муниципального служащего в нарушение порядка, установленного антикоррупционным законодательством.

ЕВРОПЕЙСКАЯ ПОЛИТИКА БЕЗОПАСНОСТИ И ОБОРОНЫ ПОСЛЕ ЛИССАБОНСКОГО ДОГОВОРА: НОВЕЛЛЫ И ТЕНДЕНЦИИ

Сергей Кашкин*, Николай Молчанов*

Аннотация. Статья посвящена развитию общей политики безопасности и обороны в формате Лиссабонского договора. Рассматривается процесс принятия решений в рамках европейской политики в области безопасности и обороны. Анализируются основные институты, основные особенности их взаимодействия и проблема организации системы управления кризисными ситуациями.

Ключевые слова: политика безопасности, право ЕС, Лиссабонский договор, коллективная самооборона.

EUROPEAN SECURITY AND DEFENCE POLICY AFTER THE LISBON TREATY: NOVELS AND TRENDS

Sergej Kashkin*, Nikolaj Molchanov*

Abstract. The article is dedicated to the development a Common Security and Defence Policy in the context of Lisbon Treaty. The paper also pays attention to the process of decision making within the European

* Кашкин Сергей Юрьевич, д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой права ЕС МГЮА.

* Молчанов Николай Андреевич, д.в.н., профессор.

* Kashkin Sergej, Doctor of legal science, professor, head of the EU chamber of Moscow State Law Academy.

* Molchanov Nikolaj, Doctor of military science, professor.

Security and Defence Policy (ESDP). The article deals with main ESDP institutions and features of their interaction as well with different questions of the crisis management organization.

Keywords: security policy, EU law, Treaty of Lisbon, collective self-defence.

В современных условиях, когда классические международно-правовые системы обеспечения безопасности стремительно утрачивают свою эффективность, необходимость совершенствования форм и содержания сотрудничества стран-членов Европейского Союза становится все более очевидной.

Одним из ответов на такие вызовы и является Европейская политика безопасности и обороны (далее ЕПБО), где Европейскому Союзу удалось достичь значительных успехов. Важнейшая новелла Лиссабонского договора касается не только ОВПБ, но и обоих Европейских Сообществ и Сотрудничества полиции и судебных органов в уголовной сфере (далее СПСО). Договор предусматривает ликвидацию заложенной Маастрихтским договором 1992 г. «структуры трех опор» ЕС и наделение Европейского союза в целом единой правосубъектностью, в том числе на международной арене.

С вступлением в силу Лиссабонского договора у Европейского Союза появилось право заключать международные договоры от своего имени и возможность членства в других международных организациях, в том числе в сфере обороны и безопасности.

Предпринимаются и иные шаги по повышению степени взаимодействия государств-членов при реализации Общей внешней политики и политики безопасности (далее ОВПБ). Однако в этой сфере Союз сталкивается с нежеланием государств-членов передавать свой суверенитет, особенно в этой деликатной сфере, на наднациональный уровень.

Несмотря на сильные «федералистские» тенденции вносимых изменений в целом, Лиссабонский договор в сфере ОВПБ по-прежнему не предусматривает активного участия большинства основных институтов Европейского Союза в осуществлении политики в области безопасности и обороны.

Положения, регулирующие общую внешнюю политику и политику безопасности, не предоставляют Комиссии достаточных полномочий по правотворчеству и не дают возможность существенно увеличить роль Европарламента в данной сфере. Суд также не обладает юрисдикцией в этой области за исключением полномочий по надзору за соблюдением положений ст. 40 Договора о Европейском Союзе (ДЕС) и рассмотрению определённых категорий дел (в соответствии со ст. 275 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС)). Кроме того сохраняется положение о том, что ОВПБ не затрагивает особого характера политики безопасности и обороны, проводимой отдельными государствами-членами.

Несмотря на то, что заложены основы для усиления роли Евросоюза в этой сфере, в Договоре о Европейском Союзе содержатся положения, определяющие преимущественно международно-правовой характер сотрудничества государств-членов в области обороны и

безопасности. Убедительным доказательством этого является единогласная процедура принятия решений и отказ от регулирования этих вопросов посредством законодательных актов.

В тексте Лиссабонского договора подчёркивается, что «положения Договора о Европейском Союзе, посвящённые общей внешней политике и политике безопасности, включая создание поста Верховного представителя Союза по иностранным делам и политике безопасности и учреждение Внешнеполитической службы, не затрагивают существующих полномочий государств-членов ни по определению основ их внешней политики и претворению её в жизнь, ни по правомочиям государств-членов на представительство в третьих странах и международных организациях»¹.

Лиссабонский договор, вступивший в силу 1 декабря 2009 г., содержит и положения, непосредственно посвященные ЕПБО. Достигнутые в этой сфере успехи послужили основанием для выделения соответствующих положений в самостоятельный отдел (главы 2 раздела V ДЕС). Ещё одним, пусть и косвенным, свидетельством прогресса в данной сфере можно считать возврат к термину «общая политика безопасности и обороны», который используется в тексте Лиссабонского договора.

Прежде всего, в ст. 42 ДЕС, впервые появилось легальное определение ЕПБО. Под ней должна пониматься составная часть общей внешней политики и политики безопасности, опирающаяся на гражданские и военные средства, которая обеспечивает Союзу способность к оперативным действиям. Европейский Союз может

¹ 14 Декларация об общей внешней политике и политике безопасности Заключительного акта (2007/С306/02).

прибегать к этим средствам при осуществлении миссий за его пределами для обеспечения поддержания мира, предотвращения конфликтов и укрепления международной безопасности в соответствии с принципами Устава ООН. При этом территориальные пределы деятельности ЕС не ограничиваются географическими границами Европы — они носят глобальную ориентацию.

Статья 43 ДЕС для реализации этих целей предусматривает осуществление таких мер как совместные операции по разоружению и эвакуации, гуманитарные миссии и миссии, связанные с предоставлением советов и содействия в военной сфере, мероприятия по предотвращению конфликтов и по восстановлению мира, а также стабилизационные операции по окончании конфликтов (Лиссабонский договор ст. 43, п. 1). В этой статье указаны возможные сценарии проведения Европейским Союзом военных операций, которые перечислены в Глобальной цели 2010. Как мы видим, разнообразие, масштабы и интенсивность деятельности Союза в вопросах обороны и безопасности чрезвычайно широки и многообразны.

Подобно всем решениям в сфере ЕПБО, решения о начале одной из акций должны приниматься единогласно Советом по предложению Верховного представителя Союза по иностранным делам и политике безопасности или по инициативе государства-члена. На Высокого представителя, действующего совместно с Комитетом по вопросам политики и безопасности, возложена обязанность по обеспечению координации гражданских и военных аспектов данных миссий.

Еще одним важным нововведением стало положение ст. 42 ДЕС. Оно фактически закрепляет принцип коллективной самообороны на

уровне Европейского Союза: *«В случае если государство-член подвергнется вооружённой агрессии на его территории, другие государства-члены должны оказать ему помощь и содействие всеми возможными для них средствами в соответствии со ст. 51 Устава ООН»* (Лиссабонский договор ст. 42, п. 7 абз.1).

Поскольку некоторые государства-члены ЕС придерживаются политики нейтралитета, Лиссабонский договор сделал оговорку о том, что этот принцип не затрагивает особого характера политики безопасности и обороны некоторых государств-членов.

Как и раньше, в Лиссабонской редакции Договора о Европейском Союзе содержится положение о формировании общей оборонной политики, но уже не как о возможности, а как об общей обороне в качестве одного из реальных аспектов общей политики безопасности и обороны. «Общая политика безопасности и обороны включает в себя поступательную разработку общей оборонной политики Союза. Она приведёт к общей обороне, как только Европейский Совет, постановляя единогласно, решит об этом» (Лиссабонский договор ст. 42, п. 2 абз.1).

В тексте Лиссабонского договора также сохранено указание на совместимость политики ЕС с деятельностью НАТО. Как предусматривает ст. 42 (2) ОВПБ «уважает обязательства, вытекающие из Североатлантического договора для отдельных государств-членов»², а также устанавливает, что ОВПБ является совместимой с общей политикой безопасности и обороны, установленной в рамках Североатлантического альянса.

² Лиссабонский договор ст. 42, п. 2 абз.2.

«Данное положение не вызывает принципиальных возражений. ЕС стремится обеспечить гармоничное сочетание своих военных мероприятий с теми, которые отдельные государства-члены проводят в рамках НАТО. В любом случае, понятие «совместимость» является достаточно абстрактной категорией, допускающей широкое толкование, и это толкование ЕС осуществляет самостоятельно»³.

Однако, если согласно ниццкой редакции общая политика безопасности и обороны ЕС не препятствует сотрудничеству отдельных государств-членов в рамках НАТО на двусторонней основе — то лишь «в той мере, в какой это сотрудничество не противоречит сотрудничеству, предусмотренному в настоящем разделе, и не создает ему препятствий» (Договор о Европейском Союзе (Ниццкая редакция) ст. 17.).

Это положение фактически предусматривает примат Договора о Европейском Союзе над Вашингтонским договором. Прочитанное выше положение Лиссабонского договора, таким образом, меняет ситуацию на прямо противоположную — в нем ЕС заявляет в отношении себя о приоритете правил и мероприятий, установленных в рамках НАТО.

Это подтверждается и в п. 7 ст. 42 ДЕС, устанавливающим, что обязательства и сотрудничество в сфере ЕПБО продолжают соответствовать обязательствам, принятым в рамках НАТО. Эта организация для государств, входящих в её состав, остаётся фундаментом их коллективной обороны. При этом фактические

³ Четвериков А.О. Договор о реформе 2007 года, изменения в правовых основах внешнеполитической деятельности Европейского Союза и Российская Федерация Материалы международной конференции МГИМО (У) и МПЮА, 28-29 сентября 2007 г, стр. 81.

действия Европейского Союза в рамках ЕПБО свидетельствуют о стремлении к расширению самостоятельности в сфере обороны.

Любопытно, что отсылка к другому партнеру Евросоюза в этой сфере — Западноевропейскому союзу — в Лиссабонской редакции отсутствует. Это свидетельствует об успешном становлении ЕПБО в рамках непосредственно Европейского Союза.

Сохраняемый в отношении ОВПБ в целом межправительственный характер сотрудничества, подтверждается и в рамках ЕПБО. В случае принятия решения о создании общей обороны новый постлиссабонский институт ЕС — Европейский Совет — лишь рекомендует государствам-членам «принять решение в данном направлении в соответствии с конституционными правилами каждого из них» (Лиссабонский договор ст. 42, п. 2 абз.1).

Международно-правовой характер сотрудничества государств-членов в сфере урегулирования кризисов закреплён в п. 3 ст. 42 ДЕС. «Для реализации общей политики безопасности и обороны государства-члены предоставляют в распоряжение Союза гражданские и военные потенциалы, чтобы содействовать целям, установленным Советом. Государства-члены, которые учреждают между собой многонациональные силы, также могут предоставлять их в распоряжение общей политики безопасности и обороны» (Лиссабонский договор ст. 42, п. 3 абз.1).

Таким образом, вновь как бы закрепляется отказ Европейского Союза от создания собственных вооружённых сил. В заключении Европейского Совета от 19.06.2009 г. подчёркивалось, что положения

Лиссабонского договора не направлены на создание европейской армии⁴.

Помимо этого, данный пункт интересен тем, что его положения фактически в общей форме закрепляются на «конституционном уровне» основы системы военного планирования в Европейском Союзе, более абстрактно воспроизводя нормы Глобальной цели 2010. В соответствии с этим документом министры обороны государств-членов в ходе ежегодных конференций формируют «каталог потребностей» в военнотружущих и военной технике и «каталог сил», имеющихся в распоряжении Европейского Союза.

На «конституционным уровне» закрепляется практика создания многонациональных сил, в качестве которых также возможно использование международных военных и военно-штабных формирований.

Ещё одним проявлением международно-правового характера взаимодействия стали положения ст. 44 ДЕС. Они предусматривают возможность возложения Советом указанных в ст. 43 ДЕС миссий на группу государств-членов, выразивших на то желание и обладающих необходимыми возможностями. Государства-члены сами определяют порядок выполнения возложенного на них задания и лишь информируют Совет о ходе его исполнения.

На союзном уровне их деятельность координирует Высокий представитель Союза по иностранным делам и политике безопасности. Участие иных союзных структур не предусмотрено. Подобная практика

⁴ Заключение Европейского Совета № 11225/2/09 от 19.06.2009 г. Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

существовала и до вступления в силу Лиссабонского договора, но в учредительных документах это не закреплялось.

Значительные изменения внесены в правовое регулирование сотрудничества государств в сфере военных потенциалов. Ниццкая редакция Договора лишь предусматривала, что «поступательное формирование общей оборонной политики подкрепляется сотрудничеством между государствами-членами в сфере вооружений в той мере, в какой государства-члены считают его целесообразным». В редакции Лиссабонского договора статус Европейского оборонного агентства закреплён в Договоре о Европейском Союзе. В нём подчеркивается, что Европейское оборонное агентство участвует в разработке европейской политики в отношении потенциалов и вооружений и оказывает помощь Совету в оценке степени улучшения военных потенциалов.

Устанавливая функции агентства, Договор использует формулировки, практически тождественные тем, которые содержатся в общей акции об учреждении Европейского оборонного агентства. Таким образом, функции Агентства приобрели «конституционный характер». Это подчёркивает значимость формирования единого европейского рынка вооружений и технического переоснащения вооружённых сил для Европейского Союза.

Лиссабонский договор предусматривает, что Агентство выполняет свои задачи во взаимосвязи с Комиссией, что должно ещё больше способствовать сближению механизмов регулирования рынка вооружений в рамках прежних первой и второй опоры. Кроме того, закрепляется положение о том, что в рамках Агентства государства-

члены объединяются в группы, реализующие совместные проекты, что позволяет обеспечить возможность союзной координации в ранее исключительно международно-правовой сфере сотрудничества. Следовательно, эта область отношений становится менее международно-правовой и более эффективной и практически реализуемой в перспективе.

Важной новеллой Лиссабонского договора являются положения, посвящённые продвинутому сотрудничеству в сфере обороны. Это значительный прогресс по сравнению со сложившимся ранее положением дел. В соответствии с Ниццкой редакцией Договора продвинутое сотрудничество «не может относиться к вопросам, имеющим последствия военного характера или затрагивающим оборонную сферу». Надо подчеркнуть, что ст. 46 ДЕС в лиссабонской редакции такая возможность предусмотрена, правда, именуется такое взаимодействие «постоянным организованным сотрудничеством». Новое название подчеркивает более стабильный и постоянный характер оборонного взаимодействия.

Положения данной статьи получили развитие в Протоколе о постоянном организованном сотрудничестве в соответствии со ст. 42 ДЕС. Введение этого механизма создает возможности для более интенсивного развития интеграционных механизмов ЕПБО, разработки новых методов и приёмов взаимодействия и управления вооружёнными силами с одной стороны, при сохранении особого статуса отдельных государств-членов (придерживающихся нейтралитета) с другой.

При этом используются процедуры, весьма сходные с теми, которые применялись в отношении продвинутого сотрудничества применительно к ОВПБ в целом. Однако имеются и отличия.

Во-первых, отсутствуют положения о том, что при организации продвинутого сотрудничества государства-члены должны информировать Комиссию, и, соответственно, не требуется её заключения по этому вопросу. В данном случае предусмотрены лишь консультации Совета с Верховным представителем Союза по иностранным делам и политике безопасности.

Во-вторых, не содержится упоминания о том, что о реализации продвинутого сотрудничества должны информироваться Комиссия и Европейский парламент.

Это обеспечивает большую эффективность и оперативность деятельности Европейского Союза в области обороны и безопасности.

Постоянное организованное сотрудничество открыто для тех государств, которые обязуются интенсивнее развивать свои оборонные потенциалы и быть в состоянии предоставлять в качестве национального контингента или компонента многонациональных групп сил боевые подразделения, предназначенные для выполнения планируемых миссий. Приводимые в протоколе требования к таким подразделениям соответствуют критериям, предъявляемым к тактическим группам в соответствии с Глобальной целью 2010.

Для достижения этих целей участвующие в данном механизме государства-члены обязуются развивать взаимодействие в военно-технической сфере и принимать конкретные меры «по усилению доступности, взаимной совместимости, гибкости своих сил и их

способности к развёртыванию ... включая возможный пересмотр своих национальных процедур принятия решений»⁵.

Таким образом, наднациональность, которая характерна для Европейского Союза, хоть и осторожно, но последовательно проникает в сферу безопасности и обороны.

Значительное внимание в рамках постоянного организованного сотрудничества уделяется вопросам развития европейской сферы военных технологий. Эта область приобретает в последнее время все большее значение. В трёх пунктах, содержащих перечень обязанностей государств-членов, участвующих в постоянном организованном сотрудничестве, есть отсылки к сфере обеспечения Европейского Союза современными вооружениями. Среди обязанностей предусматривается обязательство стандартизации технических средств обороны и по участию в развитии основных совместных или европейских программ технического оснащения в рамках Европейского оборонного агентства. При осуществлении взаимодействия в рамках продвинутого сотрудничества важная роль отводится Европейскому оборонному агентству. На него возлагается полномочие по оценке вкладов со стороны участвующих государств-членов в сфере потенциалов.

Сам факт введения института продвинутого сотрудничества в сферу обороны позволит перевести проекты сотрудничества государств-членов, осуществлявшиеся ранее в рамках международных программ и организаций, в сферу права Европейского Союза. Соответственно, это позволит более эффективную их реализацию. Введение в действие данных положений вполне вероятно должно

⁵ Пункт «с» ст. 3 Протокола о постоянном организованном сотрудничестве в соответствии со ст. 42 ДЕС.

ознаменовать перенос сотрудничества государств по созданию международных военных и военно-штабных формирований, и ранее использовавшихся при построении ЕПБО, полностью в сферу регулирования права Европейского Союза.

Итак, Европейским Союзом была проделана значительная работа по созданию сил быстрого реагирования, механизмов управления этим контингентом. Были быстро решены и вопросы относительно статуса и структуры сил быстрого реагирования, принципов и порядка проведения Союзом операций. Проведённые Союзом на практике военные операции стали подтверждением успехов в области организации функционирования созданных сил быстрого реагирования и доказали работоспособность механизмов по управлению этим контингентом.

Несмотря на достигнутые успехи, вопрос о передаче суверенитета в области обороны до сих пор остаётся открытым. Фактически исключены из сферы регулирования ЕПБО подлинно наднациональные органы Союза. Наднациональные механизмы регулирования не нашли еще в достаточной степени своего применения, а решения, принимаемые в этой сфере до сих пор требуют единогласия. Всё это оставляет ЕПБО преимущественно в сфере международно-правового регулирования.

Европейский Союз не избежал и такого недостатка как урегулирование многих вопросов посредством политических, а не юридических актов. Таковыми являются заключения Европейского Совета, определяющего основные направления развития ЕПБО, в частности, утверждённая заключением Европейского Совета Глобальная

цель 2010. Она является основным актом, на основании которого осуществляется деятельность в оборонной сфере. Юридическое оформление вопросов, решаемых в сфере ЕПБО, оформляется преимущественно актами вторичного права, к которым и относятся принимаемые Советом решения и общие акции.

В последние годы можно говорить о тенденции к закреплению политической воли ЕС и его государств-членов в юридически обязательных актах. Так за некоторыми своими заключениями Европейский Совет признаёт силу международного договора, а появление в учредительном договоре самостоятельной группы норм, посвящённых сотрудничеству в оборонной сфере, создаёт новые предпосылки для поступательного развития Европейской политики безопасности и обороны. Таким образом, речь идёт о вынесении норм, регулирующих ЕПБО, (ранее урегулированных в лучшем случае нормами вторичного права, а зачастую только юридически необязательными, хотя и политически чрезвычайно значимыми, решениями Европейского Совета), фактически, на «конституционный уровень». Эта мера знаменует переход сотрудничества в данной сфере на качественно новый этап, и, возможно, станет очередным шагом в движении от средств международно-правового регулирования к использованию возможностей коммунитарного права.

Подводя итог, можно процитировать Европейскую стратегию безопасности: «Мы живем в мире, полном новых опасностей, но, вместе с тем, и новых шансов. Европейский Союз обладает потенциалом для того, чтобы внести серьезный вклад, как в дело устранения угроз, так и содействия реализации новых возможностей. Активный, дееспособный

Европейский Союз мог бы стать влиятельным фактором мирового значения. Это явилось бы вкладом в создание эффективной системы многостороннего сотрудничества на благо более справедливого, безопасного и более сплоченного мира».

В свете развития мирового финансово-экономического кризиса, который по признанию европейских авторитетных экспертов начался по другую сторону Атлантики, но более всего ударил по Европе, Европейский Союз стремится обеспечить «континенту светлое будущее и эффективно продвигать свои интересы и ценности в более многополярном мире»⁶. Для этого Министры иностранных дел в Заключительном докладе «О будущем Европы» от 17 сентября 2012 г. отметили необходимость обеспечения солидарности, воспитания чувства принадлежности к Европе, усиления Общей политики безопасности и обороны, по возможности применения решения вопросов большинством голосов в сфере обороны, что (по мнению ряда Министров иностранных дел государств-членов ЕС) может в итоге привести к созданию Европейской армии⁷.

Изменения, вводимые Лиссабонским договором, повышают единство внешней и оборонной политики Европейского Союза, что, несомненно, упрощает взаимодействие третьих стран, в том числе и России, с ЕС.

Это особенно важно в свете того, что в ряде операций Европейского Союза принимала и может в дальнейшем принимать участие и Россия. В случае, если Российская Федерация привлекается к

⁶ Обобщающий доклад Группы министров иностранных дел «О будущем Европы» от 17 сентября 2012 г. (17 September 2012 Final Report of the Future of Europe Group of the Foreign Ministers).

⁷ См. Там же.

участию в операции Европейского Союза, она обладает теми же правами и несет те же обязанности, что и государства-члены Европейского Союза. В такой ситуации, представитель России, наряду с представителями других участников, формируют временный комитет, ответственный за текущее руководство операцией. При этом необходимо учитывать, что решение о начале и окончании операции, является прерогативой Совета Европейского Союза.

Важность развития взаимоотношений между Европейским Союзом и Российской Федерацией подтверждается и в таком документе как Дорожная карта по общему пространству внешней безопасности. В ней в качестве приоритетных областей сотрудничества между ЕС и Россией называются усиленный диалог и сотрудничество на международной арене и сотрудничество в кризисном регулировании.

В рамках диалога и сотрудничества на международной арене предусматривается содействие предотвращению и урегулированию конфликтов посредством взаимного сотрудничества. Для реализации данной меры в Дорожной карте содержится обязательство сторон проводить консультации по вопросам раннего предупреждения конфликтов, их предотвращения, действий по кризисному регулированию и постконфликтному восстановлению. При этом повышение уровня взаимодействия государств-членов ЕС в силу положений Лиссабонского договора поможет значительно повысить эффективность такой деятельности, а знание существующих в Европейском Союзе механизмов реализации ЕПБО существенно упрощает сам процесс взаимодействия.

Развитие европейского рынка вооружений также открывает перед Россией новые перспективы. Дальнейшие шаги Европейского Союза по либерализации рынка вооружений и снятию препятствий по доступу на национальные рынки вооружений дают возможность и Российской Федерации начать постепенное освоение этого нового, чрезвычайно емкого и перспективного географического рынка.

Так, например, в «Дорожной Карте по общему пространству внешней безопасности» в разделе, посвящённом усилению диалога и сотрудничеству на международной арене между Россией и Европейским Союзом, говорится и о продвижении контактов между военными структурами России и ЕС, включая Европейское оборонное агентство.

Кроме того, Российская Федерация участвует и в научно-исследовательской и образовательной деятельности Европейского Союза в сфере обороны. Дорожной картой предусмотрен «обмен соответствующими экспертами между сетью российских научных учреждений и Институтом ЕС по исследованию проблем безопасности с целью возможной разработки совместных исследовательских проектов, касающихся проблем безопасности». Российские военные в рамках реализации направления, предусмотренного Дорожной картой, «сотрудничество в области подготовки кадров и проведения учений, которое могло бы включать наблюдение и участие в учениях, организованных Россией или ЕС, а также участие в курсах подготовки кадров», получили возможность стать слушателями курсов, организуемых Европейским колледжем безопасности и обороны.

Также остаются актуальными проекты Европейского Союза по привлечению на коммерческой основе ресурсов российских спутниковых систем.

Тем не менее, необходимо принимать во внимание, что и сам Европейский Союз косвенно может стать источником новых угроз безопасности. Опасность может исходить от того, что на рубежах России появляется новая по формату военная группировка, полная решимости участвовать в урегулировании большинства кризисных ситуаций, возникающих на Земном шаре, а внешнеполитические позиции России и европейских стран далеко не всегда совпадают. В частности, Евросоюз начинает вмешиваться, пусть пока только политически, и в миротворческие операции, проводимы вооружёнными силами Российской Федерации на территории традиционно российских зон влияния⁸.

Сотрудничество необходимо как Европейскому Союзу, так и России. Но не стоит расценивать мероприятия, проводимые ЕС в рамках ЕПБО, как средство противодействия неблагоприятным для России действиям НАТО. Необходимо помнить, что политические позиции Евросоюза и США, локомотива НАТО, гораздо ближе, чем позиции Союза и России.

Для Российской Федерации и её партнеров по Организации договора коллективной безопасности (ОДКБ) в свете создания коллективных сил оперативного реагирования (КСОР) может оказаться полезным опыт военного строительства Европейского Союза.

⁸ Ярким примером чему может служить попытка направить для урегулирования конфликта на Северном Кавказе в августе 2008 г. на территорию Южной Осетии и Абхазии миротворческий контингент Европейского Союза, который заменил бы миротворцев СНГ.

Сама концепция КСОР (выделение государствами-участниками не утрачивающих национальной принадлежности войсковых формирований различных родов войск в распоряжение) напоминает силы быстрого реагирования ЕС. Тем более необходимо учитывать, что принятие решения о создании КСОР является первым шагом на пути формирования единой политики в оборонной сфере.

Европейский Союз сделал этот шаг ещё в 1999 году, после чего решались многие насущные вопросы относительно развития взаимодействия государств в данной сфере. 18 января 2010 года Генеральным секретарем ОДКБ было объявлено о необходимости разработки второго пакета документов по Коллективным силам оперативного реагирования, затрагивающих вопросы статуса и средств таких сил, порядок принятия решений, порядок формирования этих сил, а также различные вопросы юрисдикции.

В Европейском Союзе все эти механизмы уже налажены и успешно функционируют. Личный статус и гарантии для военнослужащих и иных должностных лиц, откомандированных в распоряжение Европейского Союза, регулируется специальным соглашением, заключённым между всеми государствами-членами Евросоюза в 2003 году (EU SOFA)⁹ (при разработке данного документа был учтен опыт других международных организаций, в первую очередь, НАТО), закреплён в упомянутой выше Глобальной цели 2010 порядок формирования этих сил, налажена система органов и учреждений,

⁹ Agreement between the Member States of the European Union concerning the status of military and civilian staff seconded to the institutions of the European Union, of the headquarters and forces which may be made available to the European Union in the context of the preparation and execution of the tasks referred to in Article 17(2) of the Treaty on European Union, including exercises, and of the military and civilian staff of the Member States put at the disposal of the European Union to act in this context (EU SOFA) (OJ C 321 31.12.2003, p.6).

обеспечивающих реализацию всех направлений европейской политики безопасности и обороны.

В этом плане опыт Европейского Союза может оказать значительную помощь при разработке соответствующих нормативных актов для ОДКБ. Общеполитическая стратегическая линия России и Европейского Союза состоит в предпочтении этими двумя стратегическими партнерами и соперниками линии на создание многополярного (а не проамериканского однополярного) мира¹⁰ дает основания надеяться на осуществление взаимовыгодного сотрудничества в сфере безопасности и обороны.

¹⁰ Позиция В.В. Путина, высказанная в статье в газете «Известия» от 8 сентября 2011 г. и на саммите АТЭС во Владивостоке в октябре 2012 г. и Обобщающем докладе Группы министров иностранных дел «О будущем Европы» от 17 сентября 2012 г. (17 September 2012 Final Report of the Future of Europe Group of the Foreign Ministers).

ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ ВСТУПЛЕНИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА В КОНВЕНЦИЮ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД 1950 г.

Андрей Ключников*

Аннотация. В статье исследуются теоретические и практические вопросы вступления ЕС в Конвенцию о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Учредительными договорами ЕС введена обязанность вступления в Конвенцию. Однако ЕС признает лишь институт «защиты прав и основных свобод человека», не устанавливая механизм вступления, сроки и последующую компетенцию. В науке европейского права предложены собственные способы вступления, которые сводятся либо к вступлению ЕС в иные международные договоры о защите прав человека, либо к разработке компетентными органами ЕС критериев вступления. Отдельные исследователи полагают, что фактически вступление уже состоялось через правоприменительную практику Суда ЕС. Большинство стран-участников ЕС являются самостоятельными членами Конвенции, закрепившими в национальном праве весь конвенционный правоприменительный механизм и одновременно отрицающими компетенцию ЕС в этой сфере. В статье проанализирована практика Суда ЕС по рассматриваемой проблеме.

* Ключников Андрей Юрьевич, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса Российской Академии Народного Хозяйства и Государственной Службы при Президенте Российской Федерации (Липецкий филиал).

Ключевые слова: Европейский Союз, защита прав человека, Лиссабонский Договор, Суд ЕС, компетенция ЕС.

**PROBLEMS AND PROSPECTS OF THE EU ENTRY TO THE CONVENTION
FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL
FREEDOMS OF 1950**

Andrew Klyuchnikov*

Abstract. The article is dedicated to the theoretical and practical questions of the EU entry to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms of 1950. The European law scientists suggest different methods of the EU convention's entry: to entry into the other international agreements on human protection rights or to work out a criterion of entrance. Some of them suppose that the EU has already been joined to the Convention through the EU Court practice. Most of the EU member-countries as an independent Convention' members established Convention's procedure in their national law. They simultaneously denied the EU competence in this sphere. The author is handled a problem of EU practice on human protection rights.

Keywords: the European Union, a protection of human rights, The Lisbon Treaty, The EU court, the EU competence.

* Klyuchnikov Andrew, candidate of legal science, lecture at the chamber of civil law and procedure of the Russian Presidential Academy of national economy and public administration (Lipetsk affiliated branch).
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

Вступивший в силу 1 декабря 2009 г. Лиссабонский Договор, аккумулировавший договорные основы взаимодействия Европейского Союза (ЕС) и Европейских Сообществ, ввел обязанность ЕС вступить в Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (далее — Конвенция).

Однако, несмотря на прогрессивность и универсальность Конвенции, эволюционный процесс интеграции складывается непросто.

Еще в начале 70-х годов 20-го столетия Суд Европейских Сообществ ввел в правовопорядок Сообществ институт «права человека» как общеправовой принцип, однако указал, что его материальным источником являются общие конституционные традиции государств-членов ЕС, а не Конвенция.

Конвенция (ее первый дополнительный протокол) была впервые упомянута в праве ЕС в решении Суда ЕС по делу *J. Nold* от 14 мая 1974 г.¹ Конвенция была использована Судом для расширения круга материально-правовых источников защиты прав человека.

В Совместной декларации Европарламента, Совета и Комиссии, касающейся охраны основных прав, а также Конвенции² институты Сообществ приняли обязательство при реализации собственной компетенции уважать и обеспечивать защиту основных прав человека в том виде, в каком это вытекает в том числе и из Конвенции. Впоследствии Маастрихский Договор 1992 г. гарантировал Конвенции роль источника основных прав (п. 2 ст. F в исходной редакции).

¹ Case 4/73 *Nold J., Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* [1974] ECR 491.

² Joint Declaration by the European Parliament, the Council and the Commission on fundamental rights // OJ C 103. 1977/20/ЈНА.

Кроме того, в п. 2 ст. К.2 Договора сформулирована обязанность участников осуществлять сотрудничество в сфере правосудия и внутренних дел в строгом соответствии с конвенционными требованиями. Ввиду того, что Конвенция нашла свое место в учредительном договоре ЕС, ее статус повысился. Ст. К.2 указывала также на большое значение Конвенции по третьей опоре. Однако не было ясности, какой формально-юридический статус имеет Конвенция в этой сфере сотрудничества ЕС.

Комиссия ЕС не раз указывала, что защита прав человека носит национальный характер, не распространяется на общеевропейский уровень, в связи с чем контроль Суда ЕС выборочен и фактически равнозначен государственному контролю.

Вступление ЕС в Конвенцию требовало необходимых правовых оснований как в учредительных договорах ЕС, так и в самой Конвенции. В первом случае речь шла не только об утверждении формальных правовых основ, но и о признании компетенции ЕС по заключению договоров в сфере защиты прав и свобод человека, по которой в целом ЕС полномочий не имел. Во втором, речь шла о введении Конвенции в наднациональное право. ЕС уже имел богатый опыт заключения актов международного права, однако в данном случае речь шла о введении особого правоприменительного механизма, который порождает значительные трудности.

Правовая основа вступления ЕС в Конвенцию была введена Лиссабонским договором (п. 2 ст. 6), развита Протоколом № 8, декларации № 2 Завершающего Акта Международной Конференции,

определившими принципы и условия вступления. Процедурные основы заложены в ст. 218 Договора (п. 6 и 8).

Пункт 2 ст. 6 Маастрихтского Договора 1992 г. декларирует присоединение ЕС к Конвенции, что, однако не меняет компетенции Союза, как она определена в Договорах.

По нашему мнению, норма играет двоякую роль. Она составляет правовую основу вступления и одновременно должна толковаться как обязанность вступления.

Однако толкование нормы позволяет прийти и к выводу, что обязанность сводится к процедурным вопросам (обязанность вести переговоры), не предрешающая какой-либо правовой формы, либо что такая деятельность зависит не только от активной воли самого Союза, но и от волеизъявления государств-участников Конвенции, не являющихся членами ЕС.

Если даже рассматривать такую обязанность как потребность в результате, без учета мнения участвующих в Конвенции государств, то п. 2 ст. 6 Маастрихтского Договора в любом случае не устанавливает сроков или момента, когда вступление должно произойти (что представляется разумным с учетом переговорного характера вступления), однако делает перспективу размытой и неопределенной.

Европейский Парламент в резолюции от 19 мая 2010 г. «По вопросу об институциональных аспектах вступления ЕС в Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод 1950 г.» вывел шесть аргументов вступления: 1) вступление — шаг вперед в процессе европейской интеграции и в построении политического союза; 2) присоединение представляет выражение стремления к обеспечению

единства, унификации между уровнями охраны прав человека в ЕС и Совете Европы, усиливающее вместе с тем гарантии ЕС в отношениях с третьими странами в этой сфере; 3) с учетом значимости передачи со стороны государств-членов в пользу ЕС компетенции, желательно утвердить защиту прав человека не только перед нарушениями ее прав со стороны государств, но и самого Союза; 4) вступление должно привести к гармоничному развитию судебной практики обоих европейских судов в сфере прав человека, с учетом потребности в диалоге и сотрудничестве, создающей интегрированную систему, в которой система юстиции синхронизируется; 5) вступление должно рассматриваться как форма компенсации ограничения компетенции Суда ЕС в сфере общей внешней политики и политики безопасности ввиду передачи ЕСПЧ контроля за такой рода деятельностью ЕС; 6) вступление не породит иерархического подчинения судов, которые останутся автономными единицами; отношения между ними будут строиться на принципе специализации, причем Суд ЕС получит в отношении ЕСПЧ статус, близкий национальному конституционному суду.

Представляется, что закрепление абстрактной нормы-обязанности по вступлению ЕС в Конвенцию является единственно возможным выходом из ситуации, обосновывает «молчаливое» существование компетенции в этой сфере. Это означает, что компетенция на вступление является по сути компетенцией *ad hoc*, которая будет исчерпана по факту вступления, а ЕС не приобретает общей компетенции в сфере защиты прав человека. В этой связи не согласимся с мнением Ф.Х. Приолло, Д. Стрички о том, что «необходимой

предпосылкой вступления является необходимость обязывания ЕС иными договорами в сфере защиты прав человека на основе специальных правил (например, запрещающих дискриминацию) либо принципа эластичности, установленного в ст. 352 Договора о функционировании Европейских Сообществ»³. Так, если в рамках направлений политики, определенных в Договорах ЕС, действия Союза необходимы для достижения одной из целей, предусмотренных Договорами, а последние не предоставили соответствующих полномочий, то Совет, постановляя единогласно по предложению Комиссии и после одобрения Европейского парламента, принимает необходимые положения. Диспозиция п. 2 ст. 6 Договора о ЕС является специальной нормой в отношении позиции, выраженной в заключении Суда ЕС от 28 марта 1996 г. № 2/94 «О присоединении Европейских сообществ к Конвенции», не соответствует компетенции ЕС в свете ст. 3-6 Договора о ЕС.

Кроме того, такая компетенция имеет внутренний характер. Ничто не уполномочивает ЕС к изменению внутреннего права в сфере, урегулированной Конвенцией, хотя бы и из иной специальной компетенции такая возможность вытекала бы.

В этой связи не совсем ясен характер общесоюзной компетенции. Будучи компетенцией международной организации (индивидуализированной компетенцией), она специально не оговорена ни в одной из категорий компетенции, определенной в ст. 2-6 Договора о функционировании Европейский Сообществ. В то же время такая компетенция не замещает компетенцию государств-членов ЕС.

³ Priollaud F.-X., Stritzky D. La traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE et TFUE). Paris, 2008. P. 45.

Государства-члены ЕС остаются самостоятельными сторонами Конвенции, а ЕС не замещает их органами ЕС в конвенционных органах. Компетенция ЕС имеет сопутствующий характер, а последствия ее реализации могут затрагивать только сферу полномочий ЕС. Вступление может повлиять на государства-члены только посредственно, через право ЕС. Будучи компетенцией индивидуального характера, принятого исключительно на основе п. 1 ст. 216 Договора о функционировании Европейских Сообществ, она будет систематизироваться и развиваться в сфере внутренней компетенции ЕС.

В связи с трудностями практического характера в науке европейского права были предложены ряд альтернативных концепций вступления ЕС в Конвенцию: концепция материальной инкорпорации и концепция субституции.

Авторы первой из них полагают, что конвенционные нормы, гарантирующие права и свободы человека, уже фактически включены в правопорядок Сообществ в результате правоприменительной деятельности Суда ЕС.⁴ Дело в том, что практика этого суда в какой-то момент склонилась к прямому цитированию и анализу конвенционных норм, в дальнейшем — к ссылкам на вынесенные ЕСПЧ решения, которые совокупно стали главным источником основных прав — общих принципов в сфере защиты прав человека. В такой роли выступили, прежде всего, конституционные традиции государств-членов, при формулировании основных прав практически послужившие непосредственной первоосновой этих прав.

⁴ Duvigneau J.L. From Advisory Opinion 2/94 to the Amsterdam Treaty: Human Rights Protection in the European Union // Legal Issues of European Integration. 1999. Vol 25. № 2. P. 80-81.

Однако концепция инкорпорации не была реализована в европейском или национальных правопорядках государств-членов ЕС. Во-первых, Суд ЕС постоянно подчеркивал, что институт основных прав человека базируется равно как на международных документах в сфере защиты прав человека (среди которых особое место отведено Конвенции, не являющейся вместе с тем, источником исключительного порядка), так и на общих конституционных традициях государств-членов.

Во-вторых, конституционные традиции, в связи с ассоциацией с ЕС, не утрачиваются полностью в национальном праве.

Думается, недостатком концепции инкорпорации является то, что она не позволяет подвергать внешнему контролю европейское право⁵, следовательно, не гарантирует эффективную защиту прав человека перед потенциальными нарушениями со стороны институтов ЕС или государств-членов, имплементировавших европейское право.

В основе концепции субституции (замещения) лежит выработанная Судом ЕС практика функционального правопреемства применительно к Генеральному Соглашению по тарифам и торговле 1947 г. (ГАТТ 47)⁶. Дело в том, что Сообщества стали Таможенным союзом 1 июля 1968 г., а ГАТТ 47 не предусматривали, однако, членства Сообществ в Соглашении.

Единство предметной компетенции и целей (регулирование вопросов товарооборота в международных отношениях, включая установление пошлин и квот при пересечении государственных границ,

⁵ Бирюков П. Н. Международное право: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2013. глава 18.

⁶ Puissechet J.-P. La Cour européenne, La Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme. Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal. Köln-Berlin-Bonn-München, 2000. P. 1143.

возможные отступления от принципа наибольшего благоприятствования в рамках зон свободной торговли и таможенных союзов) позволили Суду ЕС найти надлежащий подход в решении по делу *International Fruit Company* от 12.12.1972 г.:

1. В момент возникновения Европейских Экономических Сообществ государства-члены были связаны ГАТТ 47, и посредством заключения между собой Соглашения не могли отступить от обязательств, принятых в отношении третьих государств;

2. Государства-члены ЕЭС выразили стремление к сохранению обязательств, достигнутых в ГАТТ 47, а гарантией устойчивости ранее принятых обязательств государств ЕЭС являлась действующая тогда ст. 234 Договора, устанавливающего ЕЭС (ст. 351 Договора о ЕС);

3. Сходность целей ГАТТ 47 и общей торговой политики ЕЭС;

4. Принятие Сообществами компетенции государств-членов в сфере пошлин и торговли с третьими государствами произошло по истечении переходного периода, когда третьи государства признали компетенцию Сообществ в сфере, охватываемой Соглашением⁷.

Суд ЕС упростил и упорядочил условия функционального правопреемства непосредственно до вступления в силу Лиссабонского Договора. В решении по делу *Irène Bogiatzi* от 22 октября 2009 г.⁸, принятом на фоне возможного обяывания ЕС Варшавской конвенцией для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок 1929 г, Суд ЕС указал, что субституция государств-членов может осуществляться на следующих условиях:

⁷ Case 21/72 *International Fruit Company* [1972] ECR 1219.

⁸ Case C-301/08 *Irène Bogiatzi v Deutscher Luftpool, Société Luxair, European Communities, Luxembourg, Foyer Assurances SA* [2009] ECR I-10185.

1. все государства-члены ЕС являются сторонами конвенции во время решения вопроса о вступлении;
2. ЕС создал правовые предпосылки (правила) регулирования конвенционных норм;
3. ЕС перенял все конвенционные компетенции государств-членов (компетенции полностью инкорпорировались в европейское право, предварительно осуществляемое государствами-членами).

Однако применительно к Конвенции даже такие критерии по-прежнему не были проработаны и введены. Только лишь относительно первого из них можно говорить о достижении такой цели, да и то только лишь относительно самой Конвенции и некоторых дополнительных протоколов. При этом ЕС не принимал правовых актов в сфере, регулируемой Конвенцией, поскольку, как было указано в решении № 2/94, Союз не имеет единой компетенции в этой сфере, а охрана прав человека не составляет договорную цель.

Как следствие, третье из указанных условий применительно к Конвенции не может быть выполнено, а актуальное правовое регулирование в рамках ЕС не позволяет в полной мере говорить о создании требуемых предпосылок вступления в Конвенцию. Такой вывод господствует и в практике национальных судов стран ЕС. В деле *C. Dufay* от 5 февраля 1987 г. выработана позиция, что Конвенция не составляет часть общеевропейского права, хотя и содержит нормы, руководствуясь которыми налагается обеспечивать охрану основных прав в Европейских Сообществах⁹. Похожую позицию занял несколько позже

⁹ Case 257/85 *C. Dufay v European Parliament* [1987] ECR 1561.

Ключников А. Ю. Проблемы и перспективы вступления Европейского Союза в Конвенцию о защите основных прав человека и основных свобод 1950 г.

Суд Первой Инстанции по делу *Mayr Melnhof* от 14 мая 1998 г.¹⁰ В решении указано, что он не имеет механизмов применения Конвенции, поскольку Конвенция не является частью общеевропейского права, однако может рассматриваться, с учетом ее особого значения, в подобных контекстах как один из основополагающих источников прав и свобод.

¹⁰ Case T-347/94 *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH v EC Commission* [1998] ECR II-1751. Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

КРИТЕРИЙ ДОПУСТИМОСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ, ПОЛУЧЕННЫХ НА ТЕРРИТОРИИ ИНОСТРАННОГО ГОСУДАРСТВА

Андрей Лясковец*, Александр Сизов*

Аннотация. В статье исследуются некоторые проблемы международного сотрудничества в области уголовного судопроизводства. Особое внимание уделяется вопросу оценки доказательств, полученных на территории иностранного государства, с точки зрения их допустимости в отечественном уголовном процессе.

Ключевые слова: международное сотрудничество, уголовное судопроизводство, допустимость доказательства.

THE CRITERION FOR THE ADMISSIBILITY OF EVIDENCE OBTAINED IN THE TERRITORY OF A FOREIGN STATE

Andrey Lyaskovets*, Aleksandr Sizov*

Abstract. The article explores some of the problems of international cooperation in the field of criminal justice. Particular attention is paid to the evaluation of evidence obtained in the territory of a foreign state, in terms of their acceptability in our criminal procedure.

* Лясковец Андрей Владимирович. Преподаватель филиала РГСУ в г. Курск.

* Сизов Александр Александрович. К.ю.н., доцент филиала РГСУ в г. Курск.

* Lecturer of the RGSU branch in Kursk.

* Candidate of legal science, associate professor of the RGSU branch in Kursk.

Keywords: international cooperation, criminal trial, the admissibility of evidence.

В действующем УПК РФ законодатель изложил ряд критериев, на основании которых производится оценка доказательств, в совокупности позволяющая решить вопрос о юридической значимости отдельно взятой информации и ее способности иметь доказательственное значение. К числу таких критериев, как известно, относятся относимость, допустимость, достоверность и совокупная достаточность. В части 1 статьи 75 УПК РФ прямо указано, что доказательства, полученные с нарушением требований УПК, являются недопустимыми.

Собирание доказательств производится уполномоченным сотрудником правоохранительного органа путем совершения предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством действий (см., например, УПК Швейцарии¹, УПК Чехии № 141/1961²). В ЕС есть коммунитарный механизм обеспечения действия международных уголовно-процессуальных норм внутри стран-участниц. Чаще всего применяется «разовая» имплементация конкретных документов. Так, Рамочное Решение Совета об исполнении в Европейском Союзе решений о замораживании собственности и доказательств 2003 года было включено в право Испании законом «Об исполнении в Европейском Союзе решений о замораживании собственности и обеспечения доказательств в уголовном

¹ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 // SR 312.0.

² О trestním řízení soudním 141/1961 Sb. Zákon ze dne 29. listopadu 1961 // <http://portal.gov.cz/app/zakony/zakon.jsp?page=0&nr=141-2F1961&rpp=15#seznam>

судопроизводстве» 18/2006³, и дополнено органическим законом 5/2006⁴.

Однако в рамках международного сотрудничества сбор информации, которая в дальнейшем может выступить в качестве доказательства по уголовному делу на территории России, производится сотрудниками правоохранительных органов иностранного государства на основе законодательства данного государства. Фактически требования УПК РФ на практике не всегда могут быть соблюдены, что объясняется различиями в законодательных предписаниях России и иностранного государства.

Рассматриваемая проблема вызывает значительные дискуссии в среде специалистов⁵. Детальный анализ системы взглядов на данный вопрос позволяет выявить две базисные точки зрения: признание доказательства допустимым, если оно отвечает требованиям законодательства государства, на территории которого оно было получено, либо признание допустимым подобного доказательства, если оно соответствует требованиям УПК.

На наш взгляд, первая точка зрения является менее продуктивной. Материал, полученный в ходе международного сотрудничества, весьма сложно проверить на соответствие законодательным предписаниям государства, на территории которого оно было получено. Это объясняется отсутствием у практического работника знания

³ Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales // http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/118-2006.html

⁴ Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio // http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2006.html

⁵ См.: Бирюков П. Н. К вопросу о правовом статусе доказательств, полученных из источников в иностранном государстве // Правоведение. 1999. № 2. С. 230–237; Бирюков П. Н. Европейский доказательственный ордер // Российский судья. 2010. № 5. С. 23–28; Сидоренко Е. Допустимость доказательств, полученных на территории других государств // Законность. 1998. № 2. С. 27 и др.

иностранного законодательства, что является вполне естественным. Понятно, что можно применить законодательную аналогию между нормативными предписаниями иностранного и отечественного законодательства. Однако подобный подход к проблеме, на наш взгляд, лишь создаст неразбериху и может повлечь за собой нарушения отечественного УПК, так как в нем подобная процедура не урегулирована. Формальное соответствие требованиям иностранного законодательства далеко не всегда помогает разрешить рассматриваемую проблему, так как различия в законодательных аспектах тех или иных процедурных особенностей уголовного судопроизводства России и иностранного государства могут повлечь за собой проблему недопустимости подобного доказательства на основании УПК РФ. Причем данная проблема носит как процедурный, так и формальный характер. Иными словами, особенности оформления уголовно-процессуальных действий в иностранном государстве могут существенно отличаться от подобных особенностей в России. Между тем, аналогия, на наш взгляд, в подобной ситуации неприменима.

Соответствие материалов нормативным предписаниям иностранного законодательства, по нашему мнению, не может выступать критерием признания доказательства в качестве допустимого.

Противоположный взгляд на рассматриваемую проблему видится более привлекательным, с точки зрения отечественного уголовно-процессуального законодательства. Мнение, высказанное К. Б. Калиновским о том, что доказательства не имеют юридической силы, если при их получении были нарушены нормы уголовно-

процессуального законодательства Российской Федерации, в свете рассматриваемой проблемы, на наш взгляд, является верным⁶. Иными словами, нарушения иностранного законодательства в процессе собирания и получения доказательств в рамках международного сотрудничества не должны являться препятствием для признания их допустимыми, если требования УПК РФ при этом нарушены не были. По нашему мнению, подобный тезис должен быть законодательно закреплён в действующем УПК. Это позволит избежать комплекса проблем и частично разрешить рассматриваемую ситуацию.

Приоритет отечественного уголовно-процессуального законодательства над иностранным в контексте проблемы, по нашему глубокому убеждению, в достаточной степени обоснован.

⁶ Калиновский К. Б. Использование материалов, полученных на территории других государств, в качестве доказательств в российском уголовном процессе // Международное сотрудничество в борьбе с экономической преступностью и отмыванием денег: тезисы выступления на Международной научно-практической конференции (18-19 мая 2000 г.). СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ.

ЧАСТЬ II. Колонка зарубежного автора

CLIMATE CHANGE AND THE LEGAL STATUS OF A DISAPPEARING STATE IN INTERNATIONAL LAW

Alberto Costi*

Introduction

In 1987, the then President of the Maldives, Maumoon Abdul Gayoom, speaking before the United Nations (UN) General Assembly, warned that a rise in sea levels could lead to the “death” of his country and other low lying atoll states which are extremely vulnerable and uniquely susceptible to the effects of climate change.¹ In his view, the *whole* territory of these states could be irremediably affected as a result of sea level rise, salinization and storm surges, thus threatening their very existence as sovereign states under international law.

Unfortunately, a quarter of a century later, and with the effects of climate change on the environment clearly established, the international community has yet to address the complex legal issues surrounding the scenario of the disappearance of a state, most importantly its consequences on the status of that state under international law. This article considers

* Associate Professor, Faculty of Law, Victoria University of Wellington (New Zealand); Secretary-General, International Law Association New Zealand Branch; Vice-President, New Zealand Association for Comparative Law.

¹ Maumoon Abdul Gayoom. President of the Republic of Maldives “Address to the United Nations General Assembly” (42nd Session of the United Nations General Assembly on the Special Debate on Environment and Development, United Nations Headquarters, New York, 19 October 1987).

existing norms of international law and how these might apply to determine the status of a disappearing state. These norms, it must be noted, were largely developed in the context of the creation of new states; there is currently no international law directly addressing the disappearance of a state as a result of climate change. The author takes the position that the “disappeared” state should retain some form of legal status.

The article first considers the scenario of the physical disappearance of a state, including evidence of climate change and the particular vulnerability of low lying atoll states. It then contemplates the legal status of a “disappeared” state and examines if the latter can retain statehood, or at least some form of sovereignty or legal personality. The article briefly argues that the worst outcome would be for the “disappeared” state to lose all status and rights under international law. The article finally urges international, or at least regional, dialogue on these legal issues now. Throughout the article, the importance of state recognition and the complexity of the legal issues are emphasised, drawing attention on the urgent need for states to proactively consider the issues and the legal fate of a “disappeared” state.

Background

There is growing scientific consensus that climate change is occurring. Climate change refers to²: change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods.

² United Nations Framework Convention on Climate Change 1771 UNTS 107 (opened for signature 9 May 1992, entered into force 21 March 1994) [UNFCCC], art 1(2).

Consensus on the occurrence of climate change is evidenced by the reports of the Intergovernmental Panel on Climate Change³, studies by non-governmental organisations (NGOs)⁴ and the adoption of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)⁵. The effects of climate change may alter the global physical environment. For instance, sea level rise, with current predictions of a rise of up to two metres by 2100⁶. If melting ice caps are included, estimates increase dramatically, although the resulting sea level rise will not necessarily be equally spread around the globe⁷. Another effect is increased storm surges, a consequence of more extreme weather patterns due to climate change, which can temporarily result in surges of sea levels by five metres, potentially flooding islands⁸. These effects will impact low lying states the hardest.

A Potential Scenarios

³ The Intergovernmental Panel on Climate Change is the leading international body for assessment of climate change. It was set up by the United Nations Environment Programme and the World Meteorological Organization in 1988 and endorsed by the United Nations General Assembly (under *Protection of Global Climate for Present and Future Generations of Mankind* GA Res 43/53, A/Res/43/53 (1988)).

⁴ For example, Climate Action Network, a network of 700 NGOs, issues policy documents on climate change: see Climate Action Network “Policy and Information” (4 October 2012) Climate Action Network <www.climatenetwork.org>. The World Wildlife Fund (WWF) also has prepared documents on the effects of climate change around the world such as in East Africa: see World Wildlife Fund *Climate Change Impacts on East Africa* (World Wildlife Fund, Gland, 2006).

⁵ UNFCCC, above n 2. The Convention was adopted at the Rio Conference on Environment and Development in June 1992: see Yves-Louis Sage and Alberto Costi “Droit international de l’environnement dans les pays insulaires du Pacifique sud: un bilan et deux suggestions” in A Costi and Y-L Sage (eds) *Droit de l’environnement dans le Pacifique Sud: Problèmes et Perspectives Croisées/Environmental Law in the Pacific: International and Comparative Perspectives* (NZACL, Wellington, 2005) 1 at 15-16.

⁶ Anil Ananthaswam “Going, Going ...” (2009) 203 *New Scientist* 28 at 28.

⁷ The melting of the Greenland ice cap, for example, would increase global sea levels by an estimated seven metres; that of the West Antarctic sheet would produce a five-metre rise: see Kirstin Dow and Thomas E Downing *The Atlas of Climate Change: Mapping the World’s Greatest Challenge* (University of California Press, Berkeley, 2006) at 62. If sea levels were to increase even only by one metre, the Maldives in the Indian Ocean would be inundated: see Secretariat of the UNFCCC “Vulnerability and Adaptation to Climate Change in Small Island Developing States” (2007) UNFCCC <www.unfccc.int>.

⁸ Dow and Downing, above n 7, at 62.

As low lying atoll states experience the effects of climate change, there are two different possible scenarios: state disappearance or uninhabitability due to salinization of the soil. There is also the risk of partial disappearance.

1 Gradual, total disappearance

This article focuses on the gradual and total disappearance of a state by submergence. It contemplates a sea level rise resulting in the disappearance of the entire territory of a low lying atoll state. The state would be submerged by the sea, at least at high tide. While the coral which makes up the atoll can adjust to some change in sea level, anthropogenic global warming is causing the sea to expand and rise too quickly for coral to strengthen against it⁹. Disappearance of islands is already occurring. In 1999, two of Kiribati's islands disappeared under the sea¹⁰. Should this occur to all the islands of a state, it will pose an interesting, unprecedented issue for contemporary international law—what happens to a state that loses all of its islands and, thereby, all of its territory?

2 Salinization

Apart from the threat of submergence, low lying atoll states are at risk because “their fresh water reserves are limited to a shallow subsurface lens”¹¹ and the salinization of freshwater, as sea levels rise, could destroy water necessary for human, plant and coral survival¹². Sea water can contaminate

⁹ Julia Whitty “All the Disappearing Islands” (2003) 28 *Mother Jones* 50 at 50.

¹⁰ Dow and Downing, above n 7, at 63.

¹¹ Jon Barnett “Adapting to Climate Change in Pacific Island Countries” (2001) 29 *World Development* 977 at 978.

¹² Changes in salinity can trigger coral bleaching which can lead to coral death. In serious cases of bleaching, there is a 90% chance of coral death. For general discussion of these issues, see Johanna E Johnson and Paul A Marshall *Climate Change and the Great Barrier Reef: A Vulnerability Assessment* (Great Barrier Reef Marine Park Authority, Townsville, 2007).

water supply and affect soil salinity, killing crops¹³. Construction of tanks to store fresh water for human use cannot prevent the salinity of the soil affecting plants and coral. While state territory above sea level still exists in this scenario, it cannot sustain life: the population of the state will be forced to relocate to other states or, if there is some remaining habitable territory, to other parts of the state. This scenario is important but it is not within the scope of this paper to analyse it in detail.

3 Partial disappearance

Partial disappearance of territory is the most common consequence of climate change and can happen to any coastal state. Partial disappearance arises when part of the territory disappears due to sea level rise or other effects of climate change, but the state retains some territory above sea level¹⁴. Although this may result in forced displacement, internal migration to higher ground is possible and the population can still live within the territory. There is no effect on the legal status of the state although its maritime jurisdiction and its sovereign rights over the exclusive economic zone may be affected. For example, in 2003, the government of Papua New Guinea started relocating people internally, within the country's territorial borders, from the Carteret Islands to Bougainville, after scientific evidence showed that the Islands would disappear by 2015¹⁵. Partial disappearance will not be covered in this paper, but it is another likely scenario due to the effects of climate change.

¹³ A problem faced, for example, by Kiribati: see Kerri Ritchie "Kiribati Island May Disappear" *Australian Broadcasting Corporation* (online ed, Australia, 8 December 2009).

¹⁴ For example, high sea levels and swells have displaced people in Kiribati, Vanuatu and the Marshall Islands, but these states still have some land as only some territory is lost: see Dow and Downing, above n 7, at 63.

¹⁵ Marie O'Reilly "Defining Environmental Migrants" (11 February 2010) Policy Innovations <www.policyinnovations.org>.

B Vulnerability of Low Lying Atoll States

Low lying atoll states are particularly vulnerable to climate change. An atoll is formed when a “coral reef builds up around a volcano that is then eroded beneath the waves, resulting in a ring-shaped archipelago of islets around a lagoon”¹⁶. As the highest point is normally only a few meters above sea level, low lying atoll states are especially susceptible to sea level rise. Most atoll states consist of an archipelagic grouping rather than just one atoll but when the archipelago is low lying there is a risk that all atolls of the state could disappear. The low lying atoll states at particular risk include Kiribati (consisting of 33 atolls), the Marshall Islands (29 atolls and five islands), Tuvalu (nine low lying islands)¹⁷ and the Maldives (1,190 low lying atoll islands)¹⁸.

While there are human-made options to prevent the effects of climate change on low lying atoll states, these are unrealistic and unaffordable. The Maldives has looked into island protection, but costs of US\$6 billion dollars for coastal protection, or US\$500-1000 million to elevate islands by one metre, were deemed too expensive¹⁹. Atoll states in the Pacific, relying on an annual gross domestic product (GDP) ranging from US\$27 million in Tuvalu to US\$644 million in Vanuatu²⁰, would be similarly unable to afford such measures. In the current state of play, the disappearance of low lying atoll states is unlikely to be prevented through human-made techniques.

¹⁶ Lilian Yamamoto and Miguel Esteban “Vanishing Island States and Sovereignty” (2010) 53 *Ocean & Coastal Management* 1 at 2.

¹⁷ The various Pacific Islands are discussed in Stephen Levine (ed) *Pacific Ways: Government and Politics in the Pacific Islands* (Victoria University Press, Wellington, 2009).

¹⁸ Maldives Marketing and Public Relations Corporation “The Maldives” (2012) Visit Maldives <www.visitmaldives.com>.

¹⁹ Ahmed Shaig. *Climate Change Vulnerability and Adaptation Assessment of the Maldives Land and Beaches* (Centre for Disaster Studies, Townsville, 2006) at 15.

²⁰ United Nations “UN Data” (2012) United Nations <www.data.un.org>.

C Current International Framework on Climate Change

Before considering the legal issues, it is useful to examine the current climate change regime under international law. While there is an international framework concerned with climate change, it does not consider the scenario of state disappearance and the legal issues that this would raise. When the framework was created, the focus was on preventing effects of climate change altogether through mitigation. The current climate change regime is based around the UNFCCC, which came into force with the purpose of achieving “stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system”²¹. By itself, the UNFCCC only provides a mechanism for multilateral collaboration and consultation and it does not impose any hard legal obligations on signatory states. Targets for the reduction of greenhouse gases to 1990 levels were created only once the Kyoto Protocol was negotiated in 1997²². Espousing a market approach, the Kyoto Protocol introduced mechanisms to create the “carbon market”²³. The Protocol, which came into force in 2005, only contains reduction obligations until 2012 and although subsequent discussions at Cancún and Durban have led to agreement to extend the Protocol past 2012, the Protocol still has weaknesses which need to be addressed²⁴. The most significant problem is

²¹ UNFCCC, above n 2, art 2.

²² Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (opened for signature 11 December 1997, entered into force 16 February 2005).

²³ UNFCCC “The Mechanisms under the Kyoto Protocol” (2012) UNFCCC <www.unfccc.int>.

²⁴ Lavanya Rajamani. “The Durban Platform for Enhanced Action and the Future of the Climate Regime” (2012) 61 ICLQ 501 at 501.

that the United States has not ratified the Kyoto Protocol and Canada has withdrawn from it—both states are large greenhouse gas emitters²⁵.

While considered a positive step, the UNFCCC, the Kyoto Protocol and subsequent developments do not offer a broad, holistic or comprehensive approach to climate change issues, but focus specifically on mitigating its effects by reducing greenhouse gas emissions. Consequently, they have not adequately addressed the legal issues surrounding the disappearance of states due to climate change. That said, the issue of disappearing states is starting to be recognised as a result of active advocacy by small island states. For instance, as early as 2005, the UNFCCC Secretariat released a paper addressing the vulnerability of small island states²⁶. However, no proactive approach has been taken to prevent sea level rise and there has been no discussion on what to do once a state disappears. This is a novel issue requiring urgent consideration by the international community since it does not fall within the scope of the UNFCCC framework.

The lack of discussion by the international community on the scenario of state disappearance begs the question of why nothing is being done despite acknowledgement of the scenario as a likely future occurrence. While there is no clear answer to this question, there are several possible reasons. As emphasised by the UNFCCC Secretariat, it appears that states are focusing on mitigation to prevent the scenario, rather than preparing for it²⁷.

²⁵ “The Sad Road from Kyoto to Durban” *The Economist* (The United States, 3 December 2011) at 18.

²⁶ UNFCCC *Climate Change: Small Island Developing States* (UNFCCC Secretariat, Bonn, 2005) at 2.

²⁷ New Zealand is a case in point. A recent report by the New Zealand government accepts that the scenario may occur: New Zealand Government “Report of New Zealand’s Views on the Possible Security Implications of Climate Change” (report presented at the 64th UN General Assembly session, New York, September 2009) at 3. However, the report shows how focus has been placed on improving current governance and building capacity of low lying atoll states to respond to the effects of climate change as they occur (at 4). In 2011, for example, the New Zealand government donated NZ\$2.7 million towards upgrading tsunami risk management systems in the Pacific. This also highlights that states are focusing time and resources on the short-term effects of climate change, rather than considering the longer term possibility of state

Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014. 147

Another possible reason could be the small number of people living in low lying atoll states most susceptible to state disappearance. For instance, the combined population of states in the Pacific that only have low lying atoll territory amounts to 186,884²⁸. This small number could explain why the international community focuses on more immediate and pressing issues related to climate change. Linked with this is the fact that no state has yet disappeared. As mentioned above, while islands have become submerged, this has only resulted in partial disappearance, the population being able to migrate domestically to higher grounds. The cost factor in addressing the issue could be another reason for not dealing with it. Although the reason for the lack of dialogue on state disappearance is not clear, the absence thus far of a proper dialogue should be stressed as it results in lack of clarity as to the legal status of a disappeared state.

Legal Status of a “Disappeared” State—Statehood

The disappearance of a sovereign state due to climate change raises many legal issues. It is not within the scope of this article to analyse all the issues since they are too numerous and complex. Rather, it attempts to analyse the fundamental issue of the legal status of a “disappeared” state. Will it maintain statehood under international law? If not, can some form of sovereignty be retained? If that is not possible, can the “disappeared” state possess legal personality? Statehood, sovereignty and legal personality are different and separate attributes which will be discussed subsequently.

disappearance, with one possible explanation lying in the short election cycles. See John Key, New Zealand Prime Minister “NZ to Work with Pacific Countries on Disaster Management” (6 September 2011) The Beehive <www.beehive.govt.nz>.

²⁸ Clem Tisdell. “Global Warming and the Future of Pacific Island Countries” (2008) 35 Int’l J Soc Econ 889 at 896. This is a relatively small number considering that the number of people of Pacific ethnicity living in New Zealand was 265,974 in 2006: see: Statistics New Zealand *Quickstats About Pacific Peoples: 2006 Census* (Statistics New Zealand, Wellington, 2007) at 2.

Although interlinked, these attributes can, in reality, be held separate from each other as the discussion below on non-state sovereign entities of international law and international organisations with legal personality will demonstrate.

The first question to consider is whether there is any theoretical way for the “disappeared” state to retain statehood. The Peace of Westphalia in 1648 is often referred to as the beginning of the emergence of the sovereign state in the international system. The Westphalian state, from then on, has been based on the principle of territory, the integrity of which is threatened by the scenario of disappearance.²⁹ To date, the nation-state remains the key actor in international law³⁰, which underscores the importance of statehood.

A Requirements of Statehood

The requirements for statehood under customary international law have been codified in the 1933 Montevideo Convention on the Rights and Duties of the State and include a defined territory, a permanent population, a government and the capacity to enter into relations with other states.³¹ In spite of being a regional convention signed by a few states in the Americas, it is recognised as codifying the customary international law relevant to our understanding of what statehood entails.³² Furthermore, since then, a vast jurisprudence and discussion have emerged on the four elements required for statehood as listed in the Montevideo Convention.

²⁹ Stephen D. Krasner. “Rethinking the Sovereign State Model” (2001) 27 Rev Int’l Stud 17 at 17.

³⁰ Samantha Besson. “The Authority of International Law — Lifting the State Veil” (2009) 31 Syd LR 343 at 360.

³¹ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States 165 LNTS 19 (opened for signature 26 December 1933, entered into force 26 December 1934), art 1.

³² Malcolm N Shaw. *International Law* (6th ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2008) at 198.

1 Territory

Territory under international law consists of land territory, internal waters, territorial sea and air space above this territory³³. The principal actor in international law is still the state and the loss of all territory threatens the ability of the “disappeared” state to retain an essential element of statehood. Sea level rise threatens the territorial integrity of low lying atoll states in the Pacific, as well as the Maldives. If the islands of a low lying atoll state are inundated and disappear, will the requirement of territory still be met?

The first criterion for statehood that needs understanding is the meaning of “territory”. In a 2001 judgment, the International Court of Justice (ICJ) used the definition of “island” to help decide if the disputed islands constituted territory and, therefore, were able to be used in the drawing of equidistance lines. The ICJ held³⁴:

In accordance with Article 121, paragraph 2, of the 1982 Convention on the Law of the Sea, which reflects customary international law, islands, regardless of their size, in this respect enjoy the same status, and therefore generate the same maritime rights, as other land territory.

This indicates that islands are land territory. The definition of “island” under international law, according to the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), is “a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide”³⁵. If an island is inundated and disappears, or is flooded at least at high tide, it will no longer meet the requirements for it to constitute an island under international law. Therefore, since it is no

³³ Jorri C Duursma. *Fragmentation and the International Relations of Micro-States: Self-Determination and Statehood* (Cambridge University Press, Cambridge, 1996) at 116.

³⁴ *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v Bahrain) (Merits)* [2001] ICJ Rep 40 at [185].

³⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea 1833 UNTS 3 (opened for signature 10 December 1982, entered into force 16 November 1994), art 121(1).

longer an island, it is unlikely to be considered land territory as required by UNCLOS. If this is to occur to all islands of an atoll state, there will no longer be any state territory. However, UNCLOS uses its definitions of territory and island in the context of allocating maritime resources and defining maritime boundaries, not to conclude on territory required for statehood. Other definitions of territory and island may exist under customary international law, but this would need to be discussed further by states.

An arbitration before the Permanent Court of Arbitration may also help to understand the meaning of territory in the context of islands. In the *Island of Palmas* case, the sole Arbitrator, Max Huber (at the time the President of the Permanent Court of International Justice) described the territory of Palmas as “a somewhat isolated island, and therefore a territory clearly delimited and individualised”³⁶. This implies there was an important focus placed on delimitation. Earlier in the award, Arbitrator Huber stated that “sovereignty in relation to a portion of the surface of the globe is the legal condition necessary for the inclusion of such portion in the territory of any particular State”³⁷, implying that territory must be on the surface of the earth. The island of Palmas was also inhabited by a population, which he considered a relevant factor: it meant that acts of administration occurred, thus suggesting sovereign control³⁸. If these highlighted requirements are applied to a “disappeared” state, a state consisting of only submerged islands could not have a territory because islands will be situated below the surface and will be unable to sustain a population, and it will become impossible for the government to carry out administrative acts in relation to it.

³⁶ *The Island of Palmas case (or Miangas) (The Netherlands v USA)* (1928) 2 UN Rep Intl Arb Awards 829 at 855.

³⁷ At 838.

³⁸ At 855.

The idea emanating from the *Island of Palmas*, that delimited land is important, has been reiterated by writers and governments. In international law, delimited borders are not essential but it may be argued that a clear and separate geographic territory allows for the identification of a state and produces a clear physical area controlled by that state³⁹. Even governments-in-exile outside the defined territory depend on a physical and definable territory to base their legitimacy upon⁴⁰. A “disappeared” state will not have physical or clear boundaries because of submergence and there will be difficulties delimiting territory because of this. Not only can submerged land not be delimited, it cannot be physically recognised or controlled once it is submerged.

Finally, there has been some consensus among the international community of states that an island state which is permanently submerged ceases to be a sovereign state due to lack of territory⁴¹. One example is the assumption by the former President of the Federated States of Micronesia, Leo Falcam, that “sea level rise ... [is a] grave security threat to our very existence as ... nation-states”⁴². Rayfuse agrees that as territory disappears beneath the waves, the criterion of territory will clearly not be met⁴³. Ryngaert and Sobrie believe that central to the Montevideo Convention is the

³⁹ Celia Taylor. “A Modest Proposal: Statehood and Sovereignty in a Global Age” (1997) 18 U Pa J Int’l Econ L 745 at 758.

⁴⁰ Jane McAdam. “Disappearing States’; Statelessness and the Boundaries of International Law” (21 January 2010) Social Science Research Network <www.ssrn.com> at 7, 11.

⁴¹ United Nations High Commissioner For Refugees. “Climate Change And Statelessness: An Overview” (submission presented at 6th session of the Ad Hoc Working Group on Long-Term Cooperative Action under the UNFCCC, Bonn, 1-12 June 2009) at 1-2, which was supported by the International Organization for Migration and the Norwegian Refugee Council, and *Follow-up to and Implementation of the Mauritius Strategy for the Further Implementation of the Programme of Action for the Sustainable Development of Small Island Developing States* GA Res 63/213, A/RES/63/213 (2008).

⁴² Alan Dupont and Graeme Pearman. *Heating up the Planet Climate Change and Security* (Lowy Institute for International Policy, Double Bay, 2006) at 47.

⁴³ Rosemary Rayfuse “International Law and Disappearing States – Maritime Zones and the Criteria for Statehood” (2011) 41 EP & L 281 at 282.

principle of effectiveness⁴⁴, and a “disappeared” state cannot be an effective state without physical territory, due to forced displacement of the population and inability of the government to control a particular territory or carry out the functions of the state. It is arguable that the Montevideo Convention’s requirement of territory will not be met by a “disappeared” state.

2 Population

Population comprises the individuals who inhabit the territory permanently⁴⁵. Brownlie believes that the population criterion is intended to be used interlinked with the requirement for territory, connoting a stable community in control of a specific area⁴⁶. This is strongly supportive of the previously mentioned requirement for territory to have a population. Hence, whether the territory disappears or salinization leads to forced displacement, the outcome will be the same; the population criterion will not be met.

Forced displacement is considered to be a probable consequence of the gradual disappearance of the state. Kiribati’s President, Anote Tong, in 2010, announced plans to organise the migration of the population of about 100,000 to other states once the situation worsens⁴⁷. In 2008, Tuvalu’s Prime Minister, Apisai Ielemia, issued an official request to the Australian government to give Tuvalu a parcel of territory for the purpose of relocating and re-establishing Tuvalu⁴⁸. McAdam believes that for low lying atoll states, the effects of climate change will lead to the dispersal of the population long

⁴⁴ Cedric Ryngaert and Sven Sobrie. “Recognition of States: International Law or Realpolitik?” (2011) 24 LJIL 467 at 472.

⁴⁵ Duursma, above n 33, at 117.

⁴⁶ Ian Brownlie *Principles of International Law* (7th ed, Oxford University Press, Oxford, 2008) at 70-71.

⁴⁷ Office of the President of Kiribati “Climate Change in Kiribati” (2010) Office of the President of Kiribati <www.climate.gov.ki>.

⁴⁸ Displacement Solutions *Climate Change Displaced Persons and Housing, Land and Property Rights* (Displacement Solutions, Geneva, 2010) at 20.

before the territory physically disappears. Therefore, lack of a population rather than lack of territory will likely be the first indication that the disappearing state no longer meets the criteria of statehood⁴⁹. Rayfuse agrees, and says evacuation of people from the disappearing state will result in loss of the population criterion⁵⁰. In the case of a fully “disappeared” state, it will be physically impossible for the population to remain in the submerged islands. It is clear that as soon as the population is forced to evacuate, the criterion of population will no longer be met.

An interesting consideration is what will happen if the state acquires new territory and the population migrates there, as requested by Tuvalu. Rayfuse mentions how a disappearing state might acquire new territory from another state by a treaty of cession.⁵¹ She considers this would be a straightforward and appealing solution, but does not believe other states will be willing to cede their territory to a disappearing state⁵². For example, Australia refused Tuvalu’s request⁵³. If the acquisition of land is legally recognised (most likely requiring cession) and the new land meets the definition of territory under international law, the requirements of territory and population residing in territory would be met. This is one way a low lying atoll state could possibly prevent the loss of statehood criteria.

3 Government

The next criterion which needs understanding is the requirement for a government. This is important as it reflects the need for a state to have representation at the international level. Effective government refers to the

⁴⁹ McAdam. above n 40, at 1.

⁵⁰ Rayfuse. above n 43, at 282.

⁵¹ At 282.

⁵² At 282.

⁵³ Displacement Solutions, above n 48, at 20.

ability of the government to control its territory and people. Does this criterion require simply a government in power, or an effective government? Legal academics argue that the requirement is for an effective government⁵⁴. However, many states today retain statehood even without functioning governments. The 2012 Failed State Index listed ten states unable to provide public services required of government⁵⁵. McAdam also argues this point using the Congo in 1960 as an example⁵⁶. Yet, these “failed” states are still considered to possess statehood. Taking this reality into account, it is likely that what is required is simply a government rather than an effective government. Using this understanding of the third requirement of the Montevideo Convention, one could argue that a “disappeared” state could very well continue to have a government following disappearance if that government does not have to necessarily be an effective one.

If effective government is required, predictions have been made that the disappearance of a state will negatively impact on effectiveness of government both during and after disappearance. Sinclair argues that the effects of climate change pose a risk of internal instability and state failure if the state is already weak⁵⁷. A failed state is a state that is unable to ensure domestic order by monopolising the use of force in its territory. Kahl argues this may occur due to the impact of the effects of climate change on revenue, legitimacy and social cohesion⁵⁸. Also, once the territory has disappeared, a government cannot be effective if it cannot control the population (which

⁵⁴ James Crawford. *The Creation of States in International Law* (2nd ed, Clarendon Press, Oxford, 2006) at 33.

⁵⁵ For instance, Chad, Somalia and Zimbabwe: see Foreign Policy “Failed States” (2012) Foreign Policy <www.foreignpolicy.com>.

⁵⁶ McAdam, above n 40, at 6, 8.

⁵⁷ Ewan Sinclair. *The Changing Climate of New Zealand’s Security* (Institute of Policy Studies, Wellington, 2008) at 41.

⁵⁸ Colin Kahl. *States, Scarcity, and Civil Strife in the Developing World* (Princeton University Press, Princeton, 2006) at 44.

will have been displaced) or carry out functions within the territory. If the government criterion requires effective government, it is unlikely this criterion will be met by a “disappeared” state.

4 Capacity to enter into relations

Finally, the capacity to enter into international relations relies on other states being willing to reciprocate with the “disappeared” state. For Crawford, capacity “is not a criterion, but rather a consequence, of statehood, and one which is not constant but depends on the status and situation of particular States”⁵⁹. The state would have already shown capacity prior to disappearance. Post-disappearance, capacity will depend on the willingness of other states to enter into relations with the “disappeared” state. While not a formal requirement, continued state recognition will have practical effects especially as regards capacity⁶⁰.

B Montevideo: New States Only

It is unlikely that the requirements of statehood from the Montevideo Convention will be met by a “disappeared” state. While some academics argue that when a state cannot meet a criterion it will cease to exist⁶¹, it must be noted that both customary international law and the Montevideo Convention only offer requirements for a *new* state to gain statehood. Neither specifies the requirements for the continued existence of a state. Furthermore, under customary international law, there is a principle of continuity of states⁶². Article 6 of the Montevideo Convention codifies this

⁵⁹ James Crawford. *The Creation of States in International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1979) at 47.

⁶⁰ Ryngaert and Sobrie, above n 44, at 470.

⁶¹ Rayfuse, above n 43, at 281.

⁶² *Tinoco Claims. Arbitration (United Kingdom v Costa Rica)* (1923) 1 UN Rep Intl Arb Awards 369 at 377-379.

principle: “recognition [of a state] is unconditional and irrevocable”⁶³. Traditionally, the principle of continuity of states has meant that once a state is recognised, recognition cannot be withdrawn. This is different to recognition of government, which is political and can be altered. The principle of state continuity is based on a strong assumption against the extinction of states once they have been firmly established⁶⁴. Since the creation of the UN, there has virtually been no involuntary extinction of states except by dissolution⁶⁵. While succession and the merging of states can lead to the end of recognition of a state for practical reasons, what will happen if a state no longer has the required elements of statehood due to submergence of territory is unclear. Moreover, what elements are required for a state to continue to exist; are the requirements the same as those arising from the Montevideo Convention? The answer is unclear. Shearer, for example, makes the argument that once a state is already established, the requirement of territory is not necessary⁶⁶. Grant makes a similar point: “once an entity has established itself in international society as a state, it does not lose statehood by losing its territory or effective control over that territory”⁶⁷. These scholars were writing in the context of events such as World War II and the civil war in Somalia, where territory did not disappear but was taken over by another entity, whether temporarily or more permanently. However, it does give some indication that territory may not always be a requirement for continued statehood. This creates confusion on the exact legal outcome for a state that loses its territory. While this article

⁶³ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, above n 31, art 6.

⁶⁴ Crawford. above n 54, at 715.

⁶⁵ McAdam. above n 40, at 5-6.

⁶⁶ Ivan Shearer (ed). *Starke's International Law* (11th ed, Butterworths, London, 1994) at 85.

⁶⁷ Thomas D. Grant. “Defining Statehood: The Montevideo Convention and its Discontents” (1999) 37 *Colum J Transnat'l L* 403 at 435.

attempts to apply current norms of international law, it is clear that these norms do not contemplate the disappearance of low lying atoll states and further discussion is needed to consider novel principles of international law applicable to this new scenario.

C Importance of State Recognition

Since there are no existing international legal principles specifically applicable to the disappearance of states as a result of climate change, the reaction of the international community will be of paramount importance as international law-making is vested in states themselves. If there is no territory and no population, a state, as conceptualised under current international law, does not exist. However, it is unclear how the international community will respond when all the territory of a state disappears due to a sea level rise.

Politics will likely play an important role. Ryngaert and Sobrie highlight that, although recognition of states traditionally relies on a set of basic legal rules, recent practice has illustrated a different reality whereby politics rather than legal norms play the leading role.⁶⁸ If politics are involved, predictions become even more difficult since legal norms, such as the principle of continuity of states, cannot be necessarily relied upon.

The political issue of the disappearance of Bermeja Island off Mexico offers a case in point. In 2009, it was reported that Bermeja Island, which was part of the territory of Mexico, could not be found⁶⁹. The importance of this island territory is that it extends Mexico's exclusive economic zone. Now that Bermeja has "disappeared", the United States has made it very clear that

⁶⁸ Ryngaert and Sobrie, above n 44, at 467.

⁶⁹ "Strange Case of the Disappearing Islands" *The New Zealand Herald* (New Zealand, 3 April 2010) at B2.

without the island, there is no territory and no maritime claim to that part of the Gulf of Mexico⁷⁰. Strong statements made by the United States regarding the disappearance of Bermeja were largely due to the claim Mexico had oil deposits, worth millions of dollars, within the exclusive economic zone that would have extended from Bermeja⁷¹. That area of the Gulf of Mexico now belongs to the United States. The Mexican Chamber of Deputies, not wanting to lose rights to oil exploitation in the area, carried out a study to discover what happened, but concluded, in 2009, that the island must not have ever existed⁷². The early reaction of the United States shows the political importance behind island recognition when exploitation rights are concerned. Many of the low lying atoll states susceptible to disappearance have valuable maritime resources and rights based on their territory. If the land territory upon which rights to these resources rely disappears, the territorial sea and exclusive economic zones of “disappeared” states could be granted to another state or become part of the high seas. This will likely affect whether the territory, and subsequently the “disappeared” state, is recognised by neighbouring states.

Intertwined with this political issue is the question of who has the competency to decide if an affected state meets the criteria for statehood? This answer is made clear by chapter II of the UN Charter in the context of gaining UN membership.⁷³ However, an entity can be a state without UN membership. Outside of the UN, the question is much more complicated as it falls on each and every individual state to decide whether or not to recognise another state. This is illustrated by the entities which claim

⁷⁰ At B2.

⁷¹ David Cuen. “Mexico’s Missing Island” *BBC* (online ed, United Kingdom, 11 September 2009).

⁷² AFP “Mexico Claims to Gulf Shrink with Island’s Loss” (23 June 2009) Google <www.google.com>.

⁷³ Membership in the UN is only open to “peace-loving states”: Charter of the United Nations, art 4(1).

statehood and are recognised by some states but not by others, such as Taiwan (Republic of China), Palestine and the (Republic of) South Ossetia. This uncertainty is another reason why the scenario of a “disappeared” state needs to be considered by the international community. Discussion now can prevent ambiguity, inconsistent recognition and confusion in the future.

D Why Maintain Statehood?

Statehood offers certain privileges and rights, as well as obligations. Traditional legal theory holds that the state is the main actor in the international system and that states are equal and sovereign⁷⁴. Further, only states are *full* subjects with *full* capacity under international law. For example, only states can bring cases before the ICJ⁷⁵. States also have other exclusive rights under international law. Under article 4 of the Montevideo Convention, the privileges of statehood include being⁷⁶: juridically equal, enjoy[ing] the same rights, and hav[ing] equal capacity in their exercise. The rights of each one do not depend upon the power which it possesses to assure its exercise, but upon the simple fact of its existence as a person under international law.

The Montevideo Convention then adds to this by stating that “the fundamental rights of states are not susceptible of being affected in any manner whatsoever”⁷⁷. States possess these rights simply by meeting the statehood criteria. The reasoning behind the equal sovereignty and full legal capacity of states is that states make international law and other

⁷⁴ Article 2(1).

⁷⁵ Statute of the International Court of Justice, art 34.

⁷⁶ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, above n 31, art 4.

⁷⁷ Article 5.

international subjects derive their legal personality from the states⁷⁸. State recognition is important, and states can, therefore, create new legal principles in regard to the scenario of state disappearance.

Full diplomatic protection is another benefit which states can provide their citizens abroad following displacement⁷⁹. The assumption contemplated by this article is that the disappearance will be gradual and before complete submergence, a large proportion of the population will likely have migrated and possibly taken up permanent residency or citizenship in other states. This is currently occurring in the Pacific, with large numbers of people emigrating from Pacific Islands. Many go to New Zealand where the annual Pacific quota allows entry to skilled migrants from some of the Pacific Islands⁸⁰, such as some of those states susceptible to disappearance. However, there will likely be a proportion of the population remaining on disappearing islands until the final disappearance needing diplomatic protection to prevent human rights abuses abroad following final relocation. New Zealand, for example, acknowledges that final disappearance will require humanitarian response efforts to ensure human rights and human security are upheld⁸¹. To be considered a refugee under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees requires persecution forcing refuge⁸². While persecution is not defined, it clearly does not apply to the scenario where territory becomes uninhabitable. In reality, most of those affected by

⁷⁸ Ross Harrison. "The Moral is: States Make Laws" in Michael Freeman and Ross Harrison (eds) *Law and Philosophy: Current Legal Issues* (Oxford University Press, Oxford, 2007) volume 10 at 161: "if law makes states, it is states that make the law that makes states ... those already in the family allow new members to enter."

⁷⁹ Shaw, above n 32, at 823.

⁸⁰ Immigration New Zealand "Samoa Quota and Pacific Access Category" (2012) Immigration New Zealand <www.dol.govt.nz>.

⁸¹ New Zealand Government, above n 27, at 3.

⁸² United Nations Convention Relating to the Status of Refugees 189 UNTS 150 (opened for signature 28 July 1951, entered into force 22 April 1954), arts 1, 33(1).

climate change will not fall within the refugee protection regime⁸³. These migrants will, therefore, not be considered refugees, could become stateless, and may be forced to migrate illegally which can result in human rights abuses but also in threats to the stability and security of the hosting state. Statelessness is a significant issue as individual rights are fundamentally tied to citizenship and nationality, so human rights will be at risk⁸⁴. These issues raise the question of whether the displaced people can be protected diplomatically by the affected state if the latter is no longer recognised as a state.

Legal Status of a “Disappeared” State—Sovereignty

Retaining statehood would be, for a “disappeared” state, the best possible. Practically, though, under existing international law, a “disappeared” state will probably lose its statehood due to physical disappearance of territory. The next question is whether some form of sovereignty, separate from statehood, can be retained.

Whereas statehood reached by meeting the Montevideo Convention requirements refers to a particular status in international law, sovereignty defines the role of the state in the international legal system⁸⁵. Crawford clarifies that sovereignty is an attribute of a state, not a precondition, and refers to the powers a state can exercise.⁸⁶ State sovereignty espouses two

⁸³ Bruce Burson. “Protecting the Rights of People Displaced by Climate Change” in Bruce Burson (ed) *Climate Change and Migration: South Pacific Perspectives* (Institute of Policy Studies, Wellington, 2010) 159 at 160.

⁸⁴ Andrés Solimano. *International Migration in the Age of Crisis and Globalization* (Cambridge University Press, New York, 2010) at 47.

⁸⁵ Taylor, above n 39, at 748.

⁸⁶ Crawford, above n 54, at 32.

forms, internal and external sovereignty, the latter being explained in the *Island of Palmas* arbitration⁸⁷:

Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations.

Crawford describes the two types of sovereignty as requiring government domestically and requiring independence internationally⁸⁸:

Government is treated as the exercise of authority with respect to persons and property within the territory of the state; whereas independence is treated as the exercise, or the right to exercise, such authority with respect to other states.

Whereas the concept of internal sovereignty is based around the ability of a state to make and enforce laws over its population within its territory, the international community has conceptualised this power over geographic space rather than people⁸⁹.

External sovereignty focuses on the sovereign independence of states. Fowler and Bunck discuss how the term sovereignty is used to denote the independence of the state in the international community⁹⁰. Sovereignty, as the concept is used in international law today, requires the upholding of two principles—sovereign equality and non-interference in the domestic affairs

⁸⁷ *The Island of Palmas case (or Miangas)*, above n 36, at 838.

⁸⁸ At 55.

⁸⁹ Krasner, above n 29, at 18.

⁹⁰ Michael Ross Fowler and Julie Marie Bunck. *Power and the Sovereign State* (Pennsylvania State University Press, University Park, 1995) at 5.

of a sovereign state. These principles originate in the 1648 Peace of Westphalia and are now codified in the UN Charter as principles of international law⁹¹. Brownlie specifies that the traditional notion of sovereignty means legal personality of a particular kind, that of statehood⁹². Actions and roles most often associated with state sovereignty include the ability to exercise exclusive jurisdiction over citizens, equality between states and the ability to enter into agreements with other states.

However, as most legal academics argue, sovereignty no longer applies to the state alone⁹³. Sovereignty can be attributed to non-state entities without territory. While mentioning traditional views, Brownlie argues that the content of sovereignty can be conceptually viewed in different ways and relate to the legal competence of an entity⁹⁴. A case in point is the sovereignty held by non-state sovereign entities of international law.

A Non-State Sovereign Entities of International Law

Several territory-less, non-state, sovereign entities of international law exist on *sui generis* bases due to historical origins, such as the Sovereign Military Order of St John of Jerusalem, of Rhodes and of Malta (also known as the Sovereign Order of Malta). Brownlie argues that even if international lawyers should have regard to traditional principles, they cannot ignore the actuality that non-state entities do exist on the international plane⁹⁵. Developing such an entity following the disappearance of a state is mentioned briefly in the literature as an equitable solution; however, the

⁹¹ The Peace of Westphalia is a series of treaties signed in 1648. See Charter of the United Nations, art 2.

⁹² Brownlie, above n 46, at 106.

⁹³ See works by Taylor, above n 39; Crawford, above n 54 and Brownlie, above n 46.

⁹⁴ Brownlie, above n 46, at 119.

⁹⁵ At 64.

entity is conceptualised as a new category of deterritorialised state⁹⁶. Jessup has argued that a deterritorialised state is not possible as a state cannot be “a kind of disembodied spirit”; it must have territory where the population resides and government exercises authority⁹⁷. Considering a non-state sovereign entity similar to those which already exist in international law may provide a more realistic approach. As long as these entities are effective on the international legal plane and do not breach any rule of *jus cogens*, and as long as there is recognition and consent by states, they constitute valid legal entities⁹⁸.

One example of a non-state sovereign entity of international law is the Holy See. The UN classifies it as a non-member state, although there is an opposing argument by Ryngaert who considers it a sovereign non-state entity and argues that the UN only labelled it a state because of confusion at the time on how to deal with the entity⁹⁹. For his part, Brownlie doubts the Holy See is a state because it lacks a population, and its sole purpose is religious¹⁰⁰. This article follows the arguments advanced by Brownlie and Ryngaert that the Holy See is a sovereign, non-state entity. Brownlie describes how the Holy See lost its territory in 1870 and its first recognition as a sovereign entity occurred when Italy acknowledged in 1929 “the Sovereignty of the Holy See in the international domain”¹⁰¹. The Holy See’s legal personality has since relied on recognition by states. Ryngaert emphasises how the Holy See is able to join inter-governmental organisations, become party to treaties, maintain diplomatic representation

⁹⁶ Rayfuse, above n 43, at 285.

⁹⁷ United States Ambassador Jessup. *Application of Israel for Admission to Membership in the United Nations* S/PV 383, S-III (1948).

⁹⁸ Brownlie, above n 46, at 64.

⁹⁹ Cedric Ryngaert. “The Legal Status of the Holy See” (2011) 3 *Goettingen J Int'l L* 829 at 830.

¹⁰⁰ Brownlie, above n 46, at 64.

¹⁰¹ At 64.

and have observer status at the UN¹⁰². The sovereignty allowing for such acts thus derives from its historic and spiritual sovereignty as the seat of the Catholic Church¹⁰³. Overall, and in a practical way, the example of the Holy See underscores the view that an entity which was once a state but no longer meets the requirements of statehood can potentially become a sovereign entity of international law, with the requisite recognition by the international community.

Because of the debate over the status of the Holy See, it is necessary to consider another sovereign entity of international law, the Sovereign Order of Malta. Cox claims that, historically, the Sovereign Order of Malta fulfilled the requirements of statehood; however, after the loss of territory it gained a different legal status, that of a non-state, sovereign entity of international law¹⁰⁴. Cox describes how originally in the 11th century, the Order started as a hospice in Jerusalem, recognised as an autonomous religious order dedicated to serve the poor and sick, later spreading throughout Europe and gaining a military element¹⁰⁵. At times, the Order exercised sovereign rule over Malta and Rhodes, but after losing its territory, the Order continued to run hospitals in Europe and maintain diplomatic relations with states¹⁰⁶. Cox argues that the idea of the Sovereign Order of Malta as a sovereign entity began when in 1935 the Italian Court of Cassation held that the Order was sovereign¹⁰⁷. Today, any debate over the status of the Order in international law is minor¹⁰⁸. By the end of 2012, in effect, the Sovereign Order of Malta

¹⁰² Ryngaert, above n 99, at 830.

¹⁰³ At 830.

¹⁰⁴ Noel Cox. "The Continuing Question of Sovereignty and the Sovereign Military Order of Jerusalem, of Rhodes and of Malta" (2006) 13 Aust ILJ 211 at 212.

¹⁰⁵ At 214.

¹⁰⁶ At 214.

¹⁰⁷ At 222.

¹⁰⁸ Brownlie, above n 46, at 64.

had bilateral relations with 104 states which had recognised the Order as a sovereign, non-state entity¹⁰⁹. The Sovereign Order of Malta is also a non-state permanent observer at the UN¹¹⁰. The Order has treaty-making power, is involved in active and passive legation, has membership of international organisations, can mint stamps and issue passports (although these may not be universally recognised and complications can arise)¹¹¹. A similar sovereign status could be granted to a “disappeared” state.

B Non-State Sovereign Entity of International Law after the Disappearance of a State

The starting premise for the status of “disappeared” states as sovereign, non-state entities could be that, like the Holy See and Sovereign Order of Malta, they relied on statehood but can no longer be considered states after losing their territory. However, in comparison to “disappeared” states, there are also religious reasons behind the sovereignty of the Holy See and the Sovereign Order of Malta rendering them different and unique. This could be a potential argument against creating other non-state sovereign entities of international law when states disappear.

However, it can also be argued that if sovereign entities of international law exist, why should not new ones be created? Claude advances a pragmatic view, based on the ability of international law “[to avoid] fixed principles and strict norms and uniformly applicable rules, in favour of flexibility and discretion and improvisation — in sum, for pragmatism as distinguished

¹⁰⁹ Sovereign Order of Malta “Bilateral Relations” (2012) Order of Malta <www.orderofmalta.int>.

¹¹⁰ United Nations “Permanent Observers” (2013) United Nations <www.un.org>.

¹¹¹ For example, a passport issued by the Sovereign Order of Malta would not be recognised in New Zealand under section 2 of the Passports Act 1992 due to inability to recognise nationality of holder.

from principle”¹¹². The former Secretary-General of the UN, Boutros Boutros-Ghali, promoted a similar notion in the UN context, stating that “a major intellectual requirement of our time is to rethink the question of sovereignty ... to recognize that it may take more than one form and perform more than one function”¹¹³. There is, therefore, a plausible argument in favour of the creation of a non-state sovereign entity of international law when a low lying atoll state disappears.

Allowing a sovereign entity to exist, once there is acknowledgement that the “disappeared” state is no longer a state, would help ease into the unknown. However, it is important to remember again that the development of international law depends on the consent of states¹¹⁴. To use sovereign rights, the sovereign entities of international law that currently exist rely on recognition by states. Similarly, there would need to be recognition by the community of states for a “disappeared” state to become a non-state sovereign entity of international law.

Legal Status of a “Disappeared” State—Legal Personality

If statehood and sovereignty were not available for a “disappeared” state, the possibility for them to retain some form of legal personality similar to that, for instance, of international organisations, could be envisaged. Legal personality is “the capacity to be bearer of rights and duties under international law”¹¹⁵. In its *Reparation for Injuries* advisory opinion, the ICJ acknowledged that the UN is an international legal subject, recognising the

¹¹² Inis L Claude Jr. “The Tension Between Principle and Pragmatism in International Relations” (1993) 19 *Rev Int’l Stud* 215 at 218.

¹¹³ Boutros Boutros-Ghali “Empowering the United Nations” (1992) 71 *Foreign Affairs* 89 at 98-99.

¹¹⁴ Robert Jennings and Arthur Watts (eds) *Oppenheim’s International Law* (9th ed, Longman, London, 1992) at 125-126.

¹¹⁵ G Schwarzenberger *A Manual of International Law* (6th ed, Security Council Official Records, London, 1976) as cited in Crawford, above n 54, at 28.

ability of non-state actors to have capacity and legal personality in international law¹¹⁶. Taylor argues that this shows that conceptions of the state as the centre of international governance are outmoded¹¹⁷. In reality, non-state actors are carrying out actions in regard to matters such as trade, human rights and the environment, which were all traditionally seen as functions of the state¹¹⁸. These types of activities will also be central concerns for the “disappeared” state, especially protection of the human rights of its nationals. Moreover, individuals and corporations can sometimes bring claims before international bodies established by treaties¹¹⁹, although states continue to ultimately control such fora and international legal personality is based on the consent of states¹²⁰. Retaining legal personality would allow these “disappeared” states to invoke some rights on the international plane.

Nonetheless, such legal personality is not equivalent to that of states. Some international organisations may ask the ICJ for advisory opinions, sign contracts with states, enter into treaties and attend UN meetings as observers. However, this status may not always offer privileges of sovereignty such as full diplomatic protection, active legation, the ability to sign and uphold treaties, produce passports or have bilateral relationships with states. International personality will offer a “disappeared” state some privileges and

¹¹⁶ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)* [1949] ICJ Rep 174 at 178.

¹¹⁷ Taylor, above n 39, at 747.

¹¹⁸ At 746-747.

¹¹⁹ Individuals generally lack standing to assert violation of international law in the absence of a protest by the state of nationality although states may agree to confer particular rights on individuals which will be enforceable under international law. See, for example, Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights 999 UNTS 171 (opened for signature 16 December 1966, entered into force 23 March 1976), art 1. For an example of a treaty conferring legal standing to corporations, see Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States 575 UNTS 159 (opened for signature 18 March 1965, entered into force 14 October 1966), art 25(2)(b).

¹²⁰ Crawford, above n 54, at 29.

an international voice, but will not offer as much as the status of a sovereign non-state entity or a sovereign state.

No Legal Status for a “Disappeared” State

It is important to note that if the legal status of a “disappeared” state is neither statehood nor sovereignty nor legal personality, then the state may very well be left with no rights or standing under international law. This is the least preferred option as the “disappeared” state will be granted none of the rights offered by legal personality, sovereignty or statehood. Most importantly, the “disappeared” state will not be able to afford protection to its citizens and will have to rely on other legal persons under international law to promote the protection and rights of its population. Overall, the “disappeared” state will have no direct voice on the international plane.

Dialogue By States Now

In the current international legal order, disappearing states are shrouded in much ambiguity and uncertainty: after all, international legal norms did not develop with the issue of state disappearance in mind. The uncertainty of how the international community will react in the face of state disappearance adds to the vulnerability of low lying atoll states and their population. Not only are these states exposed to the physical effects of climate change, but they are also vulnerable to uncertain changes to their legal status in international law. The international community thus needs to urgently open a dialogue aiming to answer some of the legal questions posed, and to possibly consider novel, or adapt existing, legal norms directly addressing the scenario of state disappearance.

A *International Dialogue*

The most universal forum for such a dialogue is the UN General Assembly. The General Assembly can “discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter”¹²¹. The UN Charter also provides for the General Assembly to “initiate studies and make recommendations for the purpose of ... encouraging the progressive development of international law and its codification”¹²². This article highlights a void in international law as regards the disappearance of a state and the failure of international law principles to provide requirements for statehood maintenance. They point to areas of international law that need development, especially considering the real risk climate change now poses to low lying atoll states. Comprising the vast majority of states, the UN General Assembly, although only vested with the power to pass non-binding resolutions, may be holding within reach some elements of adequate response. While international law-making still rests mainly with states, the principles encapsulated in some of the UN resolutions could, depending on the wording and voting conditions, amount to customary international law and provide the starting point for a much needed debate on the legal fate of disappearing states¹²³.

Alternatively, the UN General Assembly could, under article 96 of the UN Charter, request an advisory opinion from the ICJ on a legal question. In the *Western Sahara* advisory opinion, the ICJ stated that it takes a

¹²¹ Charter of the United Nations, art 10.

¹²² Article 13(1).

¹²³ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Advisory Opinion)* [1996] ICJ Rep 266 at 254-255.

substantive view of the term “legal question” and in the advisory opinion on the law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, a political aspect to a “legal question” was held not to deprive the question of its legal character¹²⁴. As the scenario contemplated in this article involves many legal issues, most importantly the legal status of a “disappeared” state, the ICJ could be asked for an advisory opinion to provide some guidance in the instance of the scenario occurring and, thereby, help resolve the uncertainty of the legal fate of disappearing states. While the ICJ has discretion to give advisory opinions, it has previously held in *Legality of Threat of Use of Nuclear Weapons*, that it must have a “compelling reason” if using its discretion not to give an opinion¹²⁵. While advisory opinions are not binding, they have had significant impact on legal interpretation.

B Regional Dialogue

Another option is to prompt a regional dialogue. For low lying Pacific Island states, this would require discussion with neighbouring states in the Pacific. For the Maldives, this would require dialogue with neighbouring states in Southern Asia, including India and Sri Lanka. Regional discussion is important; the ICJ has accepted that a practice accepted by all the states in a region can amount to regional customary international law¹²⁶. Thus, neighbouring states could adopt a common new practice backed by *opinio juris*, or enter into a binding treaty, thus establishing new international law norms that address the legal status of a “disappeared” state. How states

¹²⁴ *Western Sahara (Advisory Opinion)* [1975] ICJ Rep 12 at 16-19; *Accordance with law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo (Advisory Opinion)* [2010] ICJ Rep 40 at [27].

¹²⁵ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, above n 123 at 235.

¹²⁶ Regional customary international Law has been discussed by the International Court of Justice in the *Asylum Case (Colombia/Peru) (Merits)* [1950] ICJ Rep 266 at 276 and the *Right of Passage over Indian Territory Case (Portugal v India) (Merits)* [1960] ICJ Rep 6 at 39.

within the region interact with the disappearing state will be of utmost importance as it is these neighbouring states which will likely receive displaced people from that state, and could allow the “disappeared” state (in whatever capacity) to be involved in regional fory.

The Pacific region is a case in point. The Pacific Islands Forum (PIF) could be used for dialogue on the recognition of states after disappearance. Since 1971, the PIF organises an annual meeting of heads of states and governments from the Pacific Island states, along with New Zealand and Australia¹²⁷. The PIF promotes a collaborative approach to dealing with regional issues¹²⁸, and climate change has been high on the agenda. The Pacific Islands Framework for Action on Climate Change 2006-2015, however, has thus far focused on adaptation, governance, understanding climate change, education and awareness, greenhouse gas reduction and cooperation, not the disappearance of a state and its legal implications¹²⁹. As many PIF members are susceptible to state disappearance, dialogue on the emergence of regional customary law principles on “disappeared” states is more likely to occur at the PIF than at the UN General Assembly.

Another grouping which could hold a dialogue on the issue of state disappearance is the Alliance of Small Island States (AOSIS), which includes the low lying atoll states around the world. AOSIS has been active in advocating for small island states at the UN, especially in relation to climate

¹²⁷ Jon Barnett and John Campbell. *Climate Change and Small Island States: Power, Knowledge and the South Pacific* (Earthscan, London, 2010) at 102-103.

¹²⁸ This is encapsulated in the “Pacific Way”, an expression coined in 1970 by the Prime Minister of Fiji at the time, Ratu Sir Kamisese Mara, to explain the capacity of Pacific Islands to work together and to resolve their disputes through dialogue: see Alberto Costi and Neil Boister “‘Régionalisation’ du droit pénal international dans le Pacifique: enjeux et perspectives” in N Boister and A Costi (eds) *Droit Pénal International dans le Pacifique : Tentatives d’Harmonisation Régionale/Regionalising International Criminal Law in the Pacific* (NZACL, Wellington, 2006) 1 at 1.

¹²⁹ Pacific Islands Forum Secretariat “Climate Change” (28 July 2012) Pacific Islands Forum Secretariat <www.forumsec.org>.

change. For example, at the second preparatory committee meeting for the UN Conference on Sustainable Development, speeches were given on behalf of AOSIS, both at the opening and closing sessions¹³⁰. AOSIS could hold a summit similar to the AOSIS Climate Change Summit in 2009¹³¹ and discuss the development of legal principles in regard to “disappeared” states.

C Purpose of Discussions

Both international and regional media could be used to promote dialogue, but what should these discussions focus on? The dialogue could offer certainty by tackling the question of the future legal status of a “disappeared” state, either through the development of a treaty or the creation of customary international law. Customary international law will require general practice to be accepted as law¹³². Brownlie states that material sources of custom include “diplomatic correspondence, policy statements, press releases, the opinions of legal advisers, official manuals on legal questions, international and national judicial decisions ... recitals in treaties and other legal instruments”¹³³. No particular duration is required as long as there is consistency and generality of practice¹³⁴. As a novel issue, if “disappeared” states are treated consistently and there is generality of practice, a new principle of customary international law could be formed

¹³⁰ Peter Thomson. Ambassador and Permanent Representative of the Republic of the Fiji Islands to the United Nations “Opening Address on Behalf of the Alliance of Small Island States” (Opening Session of the Preparatory Committee Meeting of the Commission on Sustainable Development, United Nations Headquarters, New York, 7 March 2011) and Thilmeeza Hussain, Deputy Permanent Representative of the Maldives to the United Nations “Closing Address on Behalf of the Alliance of Small Island States” (Closing Session of the Preparatory Committee Meeting of the Commission on Sustainable Development, United Nations Headquarters, New York, 8 March 2011).

¹³¹ United Nations Office of the High Representative for the Least Developed Countries, Landlocked Developing Countries and Small Island Developing States “The Alliance of Small Island States Climate Change Summit” (2009) UN-OHRLLS <www.unohrlls.org>.

¹³² Statute of the International Court of Justice, art 38(1)(b).

¹³³ Brownlie, above n 46, at 6.

¹³⁴ At 7.

relatively easily. Customary international law will also require belief by states that the principle is a legal obligation. There may be objectors to this custom but as mentioned, a custom could also be formed locally and this will indeed be more likely.

Treaties create legal obligations which must be upheld¹³⁵. Law-making treaties can give rise to general norms for the future conduct of parties such as the norms created at the Hague Conventions of 1899 and 1907 (on the law of war and neutrality)¹³⁶. If a treaty was made with regard to “disappeared” states, it could be made binding on all parties. This treaty could lay out legal requirements for a state to retain statehood and explain what the status of a “disappeared” state can or will be. The problem here is that a state not party to such a treaty would not be bound by its provisions.

The dialogue could also go beyond discussing principles of international law and thus also consider other issues such as the fate of the population of the “disappeared” state and its rights to the maritime resources previously linked to its territory. At the forefront of the dialogue, however, should be the question of the legal status of the “disappeared” state, as most other related legal issues depend on the response to that question.

Conclusion

A quarter of a century has lapsed since the scenario of the disappearance of a state was first mentioned at the UN General Assembly. Even in the face of growing scientific consensus on climate change, no legal

¹³⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties 1155 UNTS 331 (opened for signature 23 May 1969, entered into force 27 January 1980), art 26.

¹³⁶ Shaw, above n 32, at 94; Brownlie, above n 46, at 13.

principles with regard to state disappearance have developed and the international community is yet to address the issue of the legal status of a “disappeared” state. The physical disappearance of a state is an unprecedented scenario involving many complex legal issues. One very important question relates to the future legal status of a “disappeared” state. A state could retain statehood, or could become a non-state sovereign entity, or, at a minimum, have legal personality. The alternative is for the state to lose all rights, privileges and status under international law. Existing international law must be considered before answering this question.

The Montevideo Convention codifies customary international law on the requirements for statehood. These include territory, population, government and capacity to enter into international relations. As this article has highlighted, the territory requirement cannot be met by a “disappeared” state; furthermore, as there will be no population within the territory, the population requirement will likely fail too. This would imply loss of statehood. However, the Convention only offers criteria for new states and ambiguity thus remains with regard to “disappeared” states. Whether sovereignty can be held separately from statehood is the next question. Some on-state sovereign entities of international law do exist today, raising a possibility for the “disappeared” state to retain sovereignty in a similar vein to these entities after they lost territory. However, if sovereignty cannot be retained, the “disappeared” state should, at least, be able to keep some legal personality. The range of entities with legal personality today is vast and there are valid reasons for the “disappeared” state to have legal personality. Without legal personality, the state will lose all rights, privileges and status,

including the ability to protect its people as they are forced to disperse around the world.

This paper posits that due to the lack of legal principles directly addressing disappearance of states, a dialogue amongst states is needed to consider these complex legal issues under international law. It is the international community of states which makes international law and the only universal forum of states is the UN General Assembly. Alternatively, the UN could refer the issue to the ICJ for an advisory opinion to consider the issue and offer recommendations on the legal questions arising. Finally, as highlighted in this article, regional dialogue may also be useful in developing practices, and eventually creating regional customary international law, on the issue of state disappearance.

With the disappearance of several islands due to climate change now a reality, the disappearance of low lying atoll states increasingly becomes a concrete scenario, requiring urgent discussion on, and resolution of the legal implications of, state disappearance. Whether discussion eventuates at the international or regional level, dialogue needs to begin today.

THE SUPREME COURT OF UKRAINE IN THE SYSTEM OF DOMESTIC REMEDIES WHICH REQUIRE THE EXHAUSTION IN UKRAINE WHEN EVERYONE HANDLING IN INTERNATIONAL JUDICIAL INSTITUTIONS AND BODIES OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Lyudmyla Deshko*

Abstract. The article identifies the place of the Supreme Court of Ukraine in the system of domestic remedies which require the exhaustion when everyone handling in international judicial institutions and bodies of international organizations. It is established that in Ukraine the powers of cassation instance are implemented by higher specialized courts of Ukraine. The Supreme Court of Ukraine does not have authority of cassation instance court concerning decisions of high specialized courts implementing the powers of cassation.

Keywords: legal remedies for human rights and fundamental freedoms, The Supreme Court of Ukraine, higher specialized courts of Ukraine, international judicial institutions, bodies of international organizations, the right of everyone to appeal to the relevant bodies of international organizations.

According to Art. 55 of the Constitution of Ukraine the human and citizens rights and freedoms are protected by the court¹. Realization of the

* Ph. D., Associate Professor of the Constitutional and International Law Department, Donetsk National University.

right to judicial protection is possibility to appeal judgments of appellate and cassation instances. Judicial review in the appellate and cassation ensures restoration of violated rights and legitimate interests of human and citizen,—the Constitutional Court of Ukraine in its judgment of 11 March 2010².

The guarantee of subjective legal rights is everyone's right after exhausting all domestic legal remedies to appeal for the protection of his or her rights and freedoms to the relevant international judicial institutions or to the relevant bodies of international organizations of which Ukraine is a member or participant (Article 55 of the Constitution of Ukraine).

Proclamation by the international treaties and constitutions the everyone's right to seek rights protection before international judicial institutions or relevant international organizations does not indicate the possibility of its unimpeded implementation. This right ensuring occurs by the implementation of sophisticated legal complex—mechanisms that ensure the rights and freedoms in general. Due to the international and legal provision the everyone's right to seek rights protection before international judicial institutions or relevant international organizations becomes a certainty. In this case, the right to appeal to international bodies for the protection of the rights and freedoms if exhausted all available domestic remedies, acts a component that within the abilities of a person to defend one's rights and freedoms characterizes the in-system relationship between

¹ Constitution of Ukraine adopted at the Fifth Session of the Verkhovna Rada of Ukraine on June 28, 1996 № 254k/96-VR // Supreme Council of Ukraine. — 1996. — № 30. — P.141.

² Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case of the constitutional petition of 46 People's Deputies of Ukraine concerning official interpretation of the terms «highest judicial body», «supreme judicial body», «cassation» referred to in Articles 125, 129 of the Constitution of Ukraine, Kyiv. Case number 1 — 1/2010 March 11, 2010 № 8-rp/2010 // Official Bulletin of Ukraine. — 2010. — № 21. — P. 31. — Section 882.

international and national legal means in a single legal model—the constitutional right to a legal protection³.

Judiciary reform of 2010 in Ukraine changed the judicial system, the status of judges, judicial proceedings in Ukraine. In the system of courts of general jurisdiction the high specialized courts act as courts of cassation for civil and criminal, commercial and administrative matters. High specialized courts are the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases, the Supreme Economic Court of Ukraine, the Supreme Administrative Court of Ukraine (Article 31 of the Law Ukraine “On the Judicial System and Status of Judges”).

In Ukraine today there are two types of specialized courts—administrative and economic ones. According subsystems such courts headed by the Supreme Administrative Court of Ukraine and the Supreme Economic Court of Ukraine. Constitution (Art.125) states that the high specialized courts are “the highest judicial bodies of specialized courts”. Having regard to the chosen research topic is relevant and appropriate.

General local and appellate courts that are considering civil, criminal cases and cases on administrative offenses are not specialized courts. Therefore according to the Constitution, the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal cases as high specialized court cannot head a subsystem of general courts—local and appeal. However, under the law, it

³ Баранова С. Г. Конституционное право человека и гражданина на правовую защиту: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 — конституционное право; муниципальное право / Светлана Германовна Баранова. — Екатеринбург, 2004. — С. 23.

Deshko L. The Supreme Court of Ukraine in the system of domestic remedies which require the exhaustion in Ukraine when everyone handling in international judicial institutions and bodies of international organizations.

has the authority to revise their decisions in cassation and is the highest judicial authority in respect of these courts⁴.

Having regard to the chosen research topic is relevant and appropriate.

Some aspects of issue of the subject are reflected in the works of domestic scientists, but these studies have been done before judicial reform of 2010 in Ukraine. Comprehensive works on high specialized courts as a domestic remedy, which require the exhaustion when everyone handling in international judicial institutions and bodies of international organizations do not exist after judicial reform of 2010.

The purpose of the article is to determine the place of the Supreme Court of Ukraine in the system of domestic remedies which require the exhaustion when everyone handling in international judicial institutions and bodies of international organizations.

As a result of judicial reform in Ukraine in 2010, the Supreme Court cannot decide the question for a case to trial, and individuals and legal entities may not directly apply to him with complaints about the decisions of the lower courts. In legal literature indicated that for such restriction is specifically introduced new procedural Institute—permission by highly specialized court to proceedings of the case in the Supreme Court. It implies that the question as to the grounds for viewing by the Supreme Court the court decision of cassation accepts, in other words, the Court of Cassation whose decision is appealed. Herewith the Supreme Court has no right even take into consideration appeal against refusal of admission case to trial.

⁴ Judicial Reform in Ukraine: current results and prospects for the next // Informational materials for the expert discussion on «Judiciary reform in 2010: whether it brings justice in Ukraine up to European standards?». — Kyiv, 2013. — P. 31.

It is not only almost impossible to review this litigation and creates conditions for abuse, but also undermines the generally recognized principles of justice on which the matter is considered within a single instance of this court jurisdiction. In addition, the approach followed by the decision of “permission” (i.e., the possibility of considering) to the proceedings on the application for review of a particular case by the Supreme Court accepts not the Supreme Court, but that court, whose decision is appealed, in contrary to the principle *nemo esse debet iudex in propria causa* (no one can be judge in his own case)⁵.

However, the Constitutional Court of Ukraine in its judgment of 11 March 2010 stated that the presence of two appeals courts to validate specialized court decisions do not meet the principles of legal certainty.

As a result of judicial reform in 2010, the Supreme Court denied the right to decide on the merits: it can only be fully or partially reverse the decision of the high specialized court and remand the case for a new trial before the same court. In legal literature stated that The Supreme Court's right to make a new judgment on the merits of the case and give it only right to cancel the decision of the court of cassation refer the case for a new trial and increase the time spans⁶.

However, the Constitutional Court of Ukraine in its judgment of 11 March 2010 stated that the Court of Cassation implements its procedural rights within any appeal only to verify the legal assessment of the case in the decisions of courts of first instance and appellate courts. As the cassation

⁵ Conclusion of Chief Scientific Expert Department of the Supreme Council of Ukraine of June 3, 2010 on the Draft Law of Ukraine «On the Judicial System and Status of Judges» (registration number 6450 from 31.05.2010). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=37806 (accessed 27.02.2014).

⁶ Romanyuk Ya. M. First Deputy Chairman of the Supreme Court of Ukraine, Chairman of the courts of Ukraine // Bulletin of the Supreme Court of Ukraine. –2013. – № 2. – P.15.

instance, the Supreme Court of Ukraine again, after the higher courts, review the decisions of the courts, which cannot be justified in terms of ensuring the right to a fair hearing within a reasonable time. In addition, the Constitutional Court of Ukraine held that only once cassation and review of the decisions may be lawful. The constitutional status of the Supreme Court of Ukraine as the highest judicial body in the system of courts of general jurisdiction does not allow lawmakers giving it powers of cassation against decisions of high specialized courts, which implement the powers of cassation.

According to Art. 38 of Law of Ukraine “On the Judicial System and Status of Judges” the Supreme Court of Ukraine is the highest judicial body in the system of courts of general jurisdiction. The Supreme Court of Ukraine:

- 1) considers cases of civil and criminal jurisdiction in cassation order in accordance with procedural law.
- 2) analyses court statistics, studies and generalizes court practice.
- 3) gives methodical assistance to courts of lower level in order to let them in the same way implement norms of the Constitution and laws of Ukraine in court practice on the basis of its generalization and analysis of court statistics.
- 4) gives to specialized courts of lower level recommendative clarifications concerning implementation issues of legislature as for cases of corresponding court jurisdiction solution.

Such powers of the Supreme Court are the result of the elimination of the domestic judicial proceedings the possibility of double appeal. Thus, in the case «*Ponomariov vs Ukraine*» of 3 April 2008 the European Court of

Human Rights said that one of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which implies respect for the principle of *res judicata*—the principle of finality of judgments. This principle states that neither party is entitled to seek review of a final and binding judgment merely because it aims to achieve a new hearing and its new solution⁷.

The Constitutional Court of Ukraine in its judgment of 11 March 2010 concluded that legitimate can only be a single cassation and review of the decisions. The constitutional status of the Supreme Court of Ukraine as the highest judicial body in the system of courts of general jurisdiction does not allow the legislature giving it powers of cassation against decisions of high specialized courts, which implement the powers of cassation. Considering the possibility of establishing by lawmakers other forms to appeal of decisions of general jurisdiction courts other than those set out in paragraph 8 of Article 129 of the Constitution of Ukraine as the principles of justice—appellation and cassation appeal, the Constitutional Court of Ukraine has concluded that its content is a constitutional provision does not contain an exhaustive list of forms of appeal against decisions of courts of general jurisdiction.

The above analysis allows to reach such conclusions:

1. The constitutional status of the Supreme Court of Ukraine does not provide by the legislator the powers of the Court of cassation concerning decisions of high specialized courts, which implement the powers of cassation.

⁷ Judgment of the European Court of Human Rights in the case «Ponomariov vs Ukraine», April 3, 2008. URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/\(accessed 27.02.2014\)](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/(accessed 27.02.2014)).

Deshko L. The Supreme Court of Ukraine in the system of domestic remedies which require the exhaustion in Ukraine when everyone handling in international judicial institutions and bodies of international organizations.

2. The Supreme Court of Ukraine does not court of cassation for civil and criminal, commercial and administrative matters.

3. Domestic remedies that require exhaustion in Ukraine when everyone handling in international judicial institutions or to the relevant bodies of international organizations are not the Supreme Court of Ukraine as courts of cassation for civil and criminal, commercial and administrative matters. High specialized courts are the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases, the Supreme Economic Court of Ukraine, the Supreme Administrative Court of Ukraine.

ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ ПРИ НЕДОСТАТКЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ШВЕЙЦАРИИ

Андреас Донач*, Сара Самерс*

Аннотация. В статье речь идет о стратегии швейцарского законодателя в отношении компенсации недостаточных возможностей органов уголовного преследования. Процедуры упрощенного и сокращенного производства позволяют сэкономить ресурсы; они осуществляются, как правило, на основе признания обвиняемого. В такого рода делах особо важно обеспечить соблюдение прав обвиняемого, гарантированных Конституцией, законом и Конвенцией 1950 г. В этих условиях процесс должен быть приспособлен к обстоятельствам уголовного преследования.

Ключевые слова: возможности уголовного процесса; упрощенное судопроизводство; сокращенное судопроизводство; отказ от конституционно и конвенционно гарантированных прав; признание вины.

* Профессор, заведующий кафедрой уголовного права и процесса юридического факультета Университета Цюриха.

* Профессор-ассистент уголовного права и процесса юридического факультета Университета Цюриха. *Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.*

CONCLUDING CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE ABSENCE OF AN ASSESSMENT OF THE EVIDENCE IN SWISS CRIMINAL PROCEDURE LAW

Andreas Donatsch*, Sarah Summers*

Abstract. This article concerns the Swiss legislature's strategies for compensating for the inadequate resources allocated to the criminal prosecution authorities. The criminal punishment order proceedings and abridged proceedings allow for resources to be saved, precisely because they are, as a general rule, based on the accused person's confession and because in such proceedings the accused person waives the rights guaranteed by the Constitution and the ECHR. In such circumstances it is essential to consider the circumstances both in which the confession was made and in which the resort to such proceedings is acceptable.

Keywords: resources of the criminal prosecution authorities; ordinary criminal proceedings; summary punishment order proceedings; abridged proceedings; waiver of the rights guaranteed by the Constitution and the ECHR; confessions.

Введение

В течение многих лет расширение материального уголовного права рассматривалось как соответствующее средство решения

* Full-time professor («Ordinarius») for criminal law and criminal procedure at the University of Zurich School of Law

* Full-time professor («Assistenzprofessorin») for criminal law and criminal procedure at the University of Zurich School of Law

различных социальных проблем. В то же время законодателю не удалось, несмотря на многочисленные поправки в уголовное право, определить, все ли уголовные преступления, которые в настоящее время закреплены в законе, на самом деле необходимы. Все это привело к постоянному и непрерывному увеличению количества норм материального уголовного права. Требование исполнимости закона (норм материального права) привело к необходимости увеличения компетенции правоохранительных учреждений. Однако, возможности органов уголовного преследования были увеличены лишь незначительно. Это, в свою очередь, означает, что существующие средства и оценки преступного поведения в обычном уголовном процессе являются недостаточными.

Важно отметить, что существует четкая тенденция в рамках обычного расследования по объему доказательств, которые должны быть приняты в ходе досудебного разбирательства, представлены полицией и прокуратурой, и на которых суд основывается при вынесении своего приговора.

Как следствие этого, суд (за исключением допроса обвиняемого) лишь косвенно может исследовать доказательства. Только в тех случаях, когда непосредственное исследование доказательств считается принципиально необходимым для вынесения приговора, для суда является необходимым (п. 3 ст. 343 УПК Швейцарии¹). Косвенный характер судебного разбирательства в первой инстанции приводит к быстрому разбирательству, основанному на доступных материалах, которые должны эффективно использоваться.

¹ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, in Kraft getreten am 1.1.2011, SR 312.0.

Развивающаяся пропасть между имеющимися и необходимыми возможностями органов следствия и прокуратуры привела законодателя к рассмотрению дальнейших путей обеспечения того, чтобы имеющиеся средства использовались лучшим и более эффективным образом. Первой разработкой стало введение производств «в порядке приказного производства» (*Strafbefehl*), объем которого постоянно расширяется. Вступление в силу УПК первого января 2011 года также привело к внедрению процедур упрощенного производства (*abgekürztes Verfahren*).

Предпосылкой обоих видов производств является, как правило, признание вины со стороны обвиняемого. Таким образом, признание (в результате частоты его использования при разбирательствах) взяло на себя центральное значение в уголовном процессе, как это было и раньше.

В настоящее время более 80% всех уголовных разбирательств в Швейцарии, в том числе мелких правонарушений, (*Übertretungsstrafverfahren*), которые не были прекращены (*Einstellung*), были заключены в результате признания вины или согласия с обвинением. Приговор на основе обвинительного заключения в рамках обычного уголовного производства был вынесен в результате, менее чем 20 % оставшихся уголовных дел².

Если большинство уголовных дел завершается на основе признания обвиняемых, важно обеспечить соблюдение соответствующих конституционных прав и тех, которые вытекают из

² DONATSCH ANDREAS, KOUTSOGIANNAKIS VASSILIOS. Das Geständnis im Strafbefehls- sowie im abgekürzten Verfahren // Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias, herausgegeben von A. Kuhn u.a. Bern 2013, S. 960 f.

Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее Конвенция 1950 г.). Необходимо гарантировать, что основания подозревать обвиняемого в совершении преступления подтверждаются доказательствами. Для восстановления правопорядка, нарушенного преступлением, важно, чтобы участникам уголовного судопроизводства были предоставлены достаточные возможности для участия в судебном разбирательстве при обсуждения произошедшего и принятия решения судом.

Сравнение «обычного» судопроизводства с упрощенным и сокращенным производством

1. Обзор наиболее важных аспектов обычного судопроизводства по уголовным делам в швейцарском праве

В обычном уголовном процессе полиция³ и органы прокуратуры несут ответственность за проведение расследования и выяснения соответствующих фактов и обстоятельств по делу (п. 2 ст. 6 УПК Швейцарии). Это, в свою очередь, включает в себя оценку доказательств, которые поддерживают или подрывают надежность признания своей вины обвиняемым (ст. 160 УПК). Следственные органы обязаны соблюдать права обвиняемого, изложенными в Конституции⁴ и УПК Швейцарии, Конвенции 1950 г.⁵ и в Международном пакте о гражданских и политических правах⁶. Они включают в себя право на

³ См.: Бирюков П. Н. Полиция Швейцарии // Евразийский юридический журнал. 2011. № 9. С. 136-140.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18. April 1999, SR 101.

⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101.

⁶ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.2.

обращение гуманным образом, право быть услышанным, право на адвоката, презумпцию невиновности и право обвиняемого не свидетельствовать против себя. Следственные материалы должны быть открытыми, а суд отвечает за независимое и беспристрастное производство по уголовному делу. Суд оценивает доказательства (в том числе при признании вины подсудимым) в соответствии с принципом свободы оценки доказательств. В соответствии с принципом о том, что бремя доказывания лежит на органах государственной власти и с запретом на произвольную оценку доказательств, суд обязан, в случае, если остаются сомнения, интерпретировать обстоятельства таким образом, которые являются наиболее благоприятными для обвиняемого.

2. Отличительные характеристики производства в порядке приказа в сравнении с «обычным» производством

Производство в порядке приказа представляет собой тип упрощенного производства, когда обвиняемый либо сознался в совершении уголовного преступления, либо в котором факты и обстоятельства дела определены достаточно ясно. В соответствии с УПК обвиняемый должен быть допрошен об обстоятельствах совершения преступления и о фактах по рассматриваемому уголовному делу⁷; однако иногда в этом нет необходимости⁸.

⁷ Бирюков П. Н. Уголовная ответственность швейцарских должностных лиц за акты коррупции // Евразийский юридический журнал. 2013. № 5. С. 81-85.

⁸ См., например: EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) vom 27.2.1980, Deweer c. Belgium, application no. 6903/75, Ziff. 49; EGMR vom 21. Februar 1984, Fall Öztürk c. Germany, application no. 8544/79, Ziff. 56; vgl. auch BGE (Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts) 114 Ia 150 f.

Производство в порядке приказа применимо только в отношении нетяжких деяний (наказание — штрафы, денежные штрафы в размере до 180 оплачиваемых дней, общественные работы до 720 часов, или лишение свободы на срок до шести месяцев).

Окончательные санкции объявляются органами прокуратуры в непубличном разбирательстве (п. 3 (d) ст. 69 УПК) посредством так называемого «приказа». Поскольку прокурор не является судьей и, как следствие, что различные минимальные стандарты, изложенные в Конституции и Конвенции 1950 г., не гарантируются, производство в порядке приказа считается совместимым с Конституцией, Конвенцией 1960 и Пактом 1966 г. (право быть судимым независимым и беспристрастным судом, публичность разбирательства и т.д.) только на основании того, что обвиняемый согласился на производство, осуществляемое подобным образом.

В различных решениях Европейского суда по правам человека связанных с этим типом производства, обычно ссылаются на согласие, достигнутое в сопутствующих производствах. Оно, в сущности, означают отказ от права на судебное разбирательство в отношении мелких правонарушений. Обвиняемый по существу отказывается от права на обычное судебное разбирательство на основании того, что он или она решает не оспаривать приказ о наказании. При отсутствии апелляции, таким образом, приказ принимает форму окончательного юридически обязательного решения. В случае, если обвиняемый не согласен с приказом о наказании, он или она должны сообщить об этом решении в прокуратуру; в этом случае нет обязанности объяснения причин подобного решения (*Einsprache*). Следствием этого является

производство по уголовному делу в обычном порядке (ст. 352 и др. УПК Швейцарии)⁹.

В отличие от «обычного» разбирательства в случае с производством в «приказном» порядке право на открытое судебное разбирательство, право на расследование стороной обвинения всех обстоятельств по делу (в том числе рассмотрения надежности признания вины обвиняемым) и доказательства совершения преступления (ст. 5 и 10 УПК), и другие права, которые вытекают из права на «справедливое судебное разбирательство» не гарантированы.

Вынесение приказа, включая вопрос о виновности, не связано с действием судьи в праве государства, действующего в силу своего суверенитета (*iure imperii*). Тем не менее, легитимность приказа, который считается равным приговору суда, является предусмотренная в законе возможность о достижении согласия между обвиняемым и обвинением. Это урегулирование также выражается в том, что обвиняемый не воспользовался возможностью обжалования приказа. В этом смысле, обвиняемый отказывается от права на справедливое судопроизводство, проведенное в соответствии с требованиями Конституции и минимальных прав, закрепленных в Конвенции и Пакте.

Отказываясь от обжалования приказа о дисциплинарном взыскании, обвиняемый отказывается и от важных конституционных прав и прав, вытекающих из Конвенции, важно, чтобы сама действительность отказа подлежала строгому контролю. В первую очередь, важно, чтобы отказ был сделан способом, совместимым с

⁹ См.: SCHWARZENEGGER CHRISTIAN // Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch u.a., Zürich 2010, Art. 352 ff.; RIKLIN FRANZ // Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, hrsg. von M. A. Niggli u.a., Basel. 2010, Art. 352 ff.

принципом справедливости (ст. 3 УПК, п. 1 ст. 29 Конституции, п. 1 ст. 6 Конвенции и п. 1 ст. 14 Пакта).

Отказ должен быть однозначным¹⁰. Это предполагает, что обвиняемый осознает как соответствующие факты и обстоятельства правонарушения, так и правовые последствия отказа¹¹. По крайней мере, обвиняемый должен быть проинформирован о преступлении, в котором он обвиняется. Он должен иметь возможность либо принять производство в порядке приказа, либо оспорить его и просить провести обычное производство. Обвиняемый также должен быть осведомлен, что приказ будет иметь преюдициальные последствия в любом последующем уголовном производстве. Если обвиняемый вследствие интеллектуальных, лингвистических или других причин не в состоянии понять суть и последствия приказа и, следовательно, не в состоянии оспорить приказ, отказ не может быть признан законным. Нарушение этих правил может привести к отмене приказа. Наконец, отказ от права на обжалование приказа будет иметь силу только в том случае, если это было сделано добровольно, при отсутствии принуждения или угрозы¹².

Особые характеристики упрощенного производства в сравнении с обычным производством

В упрощенном производстве обвиняемый подает ходатайство в прокуратуру о согласии на переговоры по определению соответствующих обстоятельств по делу и определению

¹⁰ EGMR vom 10.2.1983, Albert and Le Compte c. Belgium, application no. 7299/75, Ziff. 35; EGMR vom 23.5.1991, Oberschlick c. Austria, application no. 11662/85, Ziff. 51; EGMR vom 25.2.1992, Pfeifer and Plankl, application no. 10802/84, Ziff. 37 f.

¹¹ См.: EGMR vom 16.12.1992, Hennings c. Germany, application no. 12129/86, Ziff. 26.

¹² EGMR Deweer (Fn. 9), Ziff. 49 ff.; EGMR Albert and Le Compte (Fn. 11), Ziff. 35.

соответствующей санкции. При условии того, что обвиняемый и прокуратура достигли соглашения в данном отношении, обвиняемый признается в совершении уголовного преступления. На основании соглашения, обвинение направляет результат переговоров в виде обвинительного заключения в суд и ссылается на признание вины обвиняемым. Максимальное наказание, которое может быть назначено в рамках такого судопроизводства, — лишение свободы на срок до пяти лет. Суд не вправе давать оценку доказательствам по делу. Его роль ограничивается лишь установлением следующих обстоятельств: было ли признание добровольным; было ли признание сделано в соответствии с имеющимися доказательствами и фактами; можно ли считать предложенное обвинением наказание целесообразным. Суд принимает установленное уголовное преступление и наказание, указанное в обвинительном заключении в качестве основы для приговора (ст. 358 и др. УПК)¹⁵.

Иными словами, основой для справедливого судебного решения в упрощенном производстве не является обычный процесс, в ходе которого определяется доказательственная база для виновности или невиновности обвиняемого. Суд выносит приговор не на основе исследованных доказательств, подтверждающих уголовное преступление, а, главным образом, на основе признания обвиняемого.

Учитываются только следующие обстоятельства: а) признался ли обвиняемый на самом деле; б) отвечает ли его признание имеющимся доказательствам, фактам и показаниям свидетелей, которые часто

¹⁵ См.: SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, in: Kommentar (Fn. 10), Art. 358 ff.; GREINER GEORGES/JAGGI IRMA, in: Basler Kommentar (Fn. 10), Art. 358 ff.

являются недостаточными, особенно в начале судебного разбирательства, с тем, чтобы вынести справедливый приговор.

Упрощенное производство может предполагаться как совместимое с положениями Конституции и нормами Конвенции, если подразумевается, что обвиняемый на законных основаниях отказался от своего права на определение приговора судом и других права, применимые в контексте стандартного судебного разбирательства¹⁴. Это означает, что структура упрощенного производства в отношении основных прав должна, по сути, быть такой же, как и в случае с производством в порядке приказа¹⁵.

Если предположить, что такой отказ действителен, нужно быть убежденным, что обвиняемый сделал свое решение при осознании всех последствий и добровольно.

«За» и «против» проведения производства в порядке дисциплинарного взыскания и упрощенного производства

а) Интересы обвиняемых

Как правило, обвиняемый делает признание, что он совершил преступление и сожалеет о содеянном. Вполне возможно, что, несмотря на отсутствие каких-либо признаков раскаяния, признание будет иметь эффект ускорения разбирательства. Возможность признаться также может считаться выгодной, если обвиняемый полагает, что доказательства вины таковы, что обвинительный приговор вероятен, и есть разумные основания полагать, что раскаяние может быть

¹⁴ См.: ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 56, Zürich 2008, N 702.

¹⁵ DONATSCH ANDREAS/FREI MIRJAM. Die Prüfungspflichten des Gerichts beim abgekürzten Verfahren // Toujours agité — jamais abattu. Festschrift für Hans Wiprächtiger, hrsg. von M. Heer u.a., Basel 2011, 75 f. *Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.*

рассмотрено в качестве смягчающего фактора на стадии вынесения приговора (п. d ст. 48 УПК)¹⁶.

Однако существуют случаи, в которых обращение к производству в порядке приказа или упрощенному производству является проблемным. Например, обвиняемый полагает, что, если он признается, то обвинение не предпримет дальнейших следственных действий и, следовательно, не выявит дополнительной преступной деятельности. При таких обстоятельствах специальные производства позволяют обвиняемому получить необоснованное преимущество. С другой стороны, обвиняемый может согласиться с предъявленными обвинениями, с тем, чтобы разбирательство проводилось быстро; обычное производство может затянуться. Если обвиняемый признается по данным причинам для обеспечения проведения специальных производств, это не соответствует принципу верховенства права. Обвиняемый, в любом случае, имеет право, в соответствии с положениями Конституции, УПК Швейцарии и Конвенции, чтобы судопроизводство осуществлялось в разумный срок.

Дополнительные трудности в прогнозировании исхода судебного разбирательства не должны служить основой для сомнительного признания, если неоднозначность возникает из неопределенности в отношении того, как суд будет интерпретировать преступления. Основой неоднозначности является тот факт, что законодательный орган не определил или недостаточно определил объем уголовного преступления (*Lex Certa*) в контексте конституционно закрепленного принципа «*nullum crimen sine lege*». В такой ситуации обвинение не

¹⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

должно иметь право предоставления возможности использования этой двусмысленности — особенно в отношении упрощенного производства — особенно, если оно не в состоянии обеспечить прогноз относительно того, каким образом суд квалифицирует деяние.

б) Интересы обвинения

Прокурор, в определении того, разбирательство должно проводиться в обычном порядке или как производство в порядке приказа либо как упрощенное производство, должен учитывать, что он сможет провести разбирательство более эффективно в рамках особого производства (в отличие от обычных процедур). Это позволило бы прокурору уменьшить объем рассматриваемого дела и иметь дело с большим количеством дел, чем он имел бы в случае с делами, рассматриваемыми в обычном порядке. Это позволило бы прокурору продемонстрировать высокую степень эффективности, которая может быть выгодной с точки зрения его продвижения по службе.

В связи с тем, что государство обязано (в смысле обеспечения справедливости) предоставить достаточные средства для расследования преступлений, тот факт, что большое количество уголовных дел будет разрешаться путем производства в порядке приказа или упрощенного производства, приведет, в свою очередь, к давлению на органы прокуратуры.

в) Статус органов обвинения и обвиняемого

По УПК Швейцарии обвинение не вправе, в отсутствие согласия обвиняемого, проводить производство в порядке приказа (обвиняемый

имеет возможность обжалования) или упрощенное производство (обвиняемый может отказаться признаться или может отозвать признание вины вплоть до стадии судебного разбирательства). На первый взгляд, кажется, что в таких разбирательствах стороны обладают равным статусом. Однако представляется ошибочным полагать, что обвинение и обвиняемый имеют равный статус в процессе. Обвинение противостоит обвиняемому в официальном качестве — в общем смысле и в узком смысле переговоров в упрощенном производстве. Оно вправе определить, было ли сделано признание или являются ли обстоятельства дела достаточно ясными. Следовательно, сторона обвинения определяет, действительно ли можно действовать в соответствии с таким специальным производством. Обвиняемый, однако, понимает, что обвинение вправе использовать принудительные меры, если отсутствует сотрудничество со стороны обвиняемого. Это, в свою очередь, означает, что особое производство не может быть проведено или продолжено. Кроме того, обвинение имеет значительно больше информации, чем обвиняемый. Этот дисбаланс может, однако, в частности, в упрощенном производстве, в которых назначение защитника является обязательным (ст. 130 УПК), может в значительной степени компенсироваться помощью защитника.

Очевидно, что в случае как производства в порядке приказа, так и упрощенного производства, обвинение и обвиняемый не могут считаться, по аналогии с гражданским процессом, равноправными сторонами в осуществлении своих прав.

Выводы

На основании базового принципа, государство несет ответственность за обеспечение того, чтобы уголовные суды опирались на прочную основу при вынесении своих приговоров. Принцип виновности (*Schuldprinzip*) требует, чтобы суд основывался на фактах и обстоятельствах, которые отражают максимально, насколько это возможно, «правду»¹⁷. Неправомерные убеждения, однако, почти наверняка (и даже если все разумные меры предосторожности были предприняты) невозможно предотвратить.

В случае незаконных осуждений важно различать две категории случаев. Одна категория касается суждений, достигнутых после завершения уголовного дела, проводимых в соответствии со всеми требованиями, которые, тем не менее, привели к осуждению невиновного человека. Вторая категория включает в себя суждения, в которых осуждение невиновного можно отнести к тому, что определение фактов и обстоятельств дела было ошибочным¹⁸.

Такие недостатки могут возникнуть в результате как производства в порядке дисциплинарного взыскания, так и упрощенного производства¹⁹. Это тот случай, когда в обоих видах судопроизводства, государство позволяет и способствует решению по уголовному делу наиболее эффективным образом, обращаясь к наименьшему количеству ресурсов органов прокуратуры. При этом, оно принимает возможность

¹⁷ В контексте этой статьи невозможно рассмотреть все обстоятельства, как можно определить, является ли человек на самом деле невиновным. На практике это может быть гарантировано только процессуальными средствами, например, обжалованием. В исключительных случаях это может также быть достигнуто другими способами, например, когда третье лицо делает признание, которое оправдывает лицо, признанное виновным, но впоследствии умершее.

¹⁸ TRECHSEL STEFAN. *Gerechtigkeit im Fehlurteil* // *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 118 (2000) 1 f.

¹⁹ THOMMEN MARC. *Kurzer Prozess – fairer Prozess?*, *Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit*. Bern 2013, 249 ff.

того, что через эти законодательно закрепленные процедуры, уголовные суды вполне могут вынести приговоры на основе «неправильных» признаний или даже на ошибочном предположении того, что обстоятельства дела были «достаточно ясными».

Если государство желает избежать несправедливых осуждений, необходимо, чтобы оно и суды больше концентрировались, в формулировании и интерпретации прав обвиняемого, на изучении обстоятельств, при которых было сделано признание вины обвиняемым. В связи с этим важно, чтобы данные требования являлись чрезвычайно жесткими и исполнялись в полном объеме. В частности, важно, чтобы права, изложенные в Конвенции в отношении того, каким образом была сделана признание, были гарантированы во всех отношениях. Необходимо также, чтобы обвиняемый понимал суть и последствия «приказного» и упрощенного производств.

Кроме того, важно гарантировать, что решение о признании было принято обвиняемым самостоятельно и добровольно. Было ли это действительно так, может быть проверено только на основе подробного допроса обвиняемого. В случае переговоров, ведущих к признательным показаниям, особенно важно, чтобы велась не только полная запись соответствующих переговоров, но и соответствующих обстоятельств и фактов. Аудиовизуальная запись допроса обвиняемого была бы оптимальным решением этой проблемы. Это также должно включать последующее определение, был ли проведен допрос обвиняемого обвинением в нейтральной манере и, где это возможно, информирован ли он о своих правах, был ли он подвергнут давлению для дачи признания.

В целях борьбы с тенденцией производства по уголовному делу способом, предназначенным для использования в условиях недостаточности ресурсов и возможного увеличения числа несправедливых осуждений, необходимо, чтобы органам уголовного преследования предоставлялось достаточно времени, чтобы расследовать каждый конкретный случай. Это означает, что необходимо увеличить объем ресурсов, доступных для органов прокуратуры.

Целесообразно также создать систему стимулирования для прокуроров, которые используют больше времени для более полного уголовного расследования в соответствии с УПК. Важно не просто измерить производительность труда путем изучения количества разрешенных дел. В контексте такой оценки важно также рассмотреть и уровень сложности разбирательств и качества выполнения прокурором своей работы при расследовании тех или иных дел.

ACT OF GOD IN MARINE INSURANCE: DEFINITION AND LEGAL ANALYSIS

Tatiana Polunina*

Abstract. The main point of the article is a concept of *Act of God* in the scope of marine insurance law. The question of insurance in maritime field has played an essential part for already many centuries, and is continuing to develop being adjusted to the development of society and its rules. It is, indeed, an important issue that has lately become highly significant due to the increasing number of perils at sea and insured events. One of such perils is so-called *Act of God* that had been a well-known occurrence in marine insurance through ages; therefore, the question dealing with *Act of God* needs to be addressed not only to the separate entities but to the entire international community as a whole. Thereby, it is necessary to examine the existing legislation on the particular matter and bring out the relevant advantages and disadvantages. Consequently, *Act of God* and its proper understanding in insurance law, as applied to maritime field, have a major importance.

Keywords: marine insurance, Act of God, force-majeure, maritime peril, liability.

* Master of laws in Maritime Law.

Origins of Act of God

Insurance activities in maritime field are one of the most ancient activities when it comes to the question of insurance at all. Such a fact is connected with the reality that maritime activity has always been one of the most dangerous activities and obviously had a number of risks that the participants of the transaction needed to be protected from. Moreover, in the past, due to the prevalence of the seaborne trade, most of the carriages were done by water; thereby, marine insurance had already then started to play bigger and bigger part.

Long ago people noticed that there might be certain event beyond the control of the contractual parties which might inhibit the parties from fulfilling their duties under the contract¹. The *beyond the contro* attribute was essentially important since otherwise it would be reasonable to speak about failure to fulfill the obligation through the fault of one of the parties; and it would already be another legal issue.

The *Act of God* notion has already been known for thousands of years, and signifies the event that by force is much stronger than a possible human attempt to prevent it, and that is why it excludes the liability. Roman civil law was already familiar with this category, as well as the civil law of the countries of the continental Europe and Anglo-American civil law². Moreover, in its decisions in Hague in 1929 in regard to the cases of Serbian and Brazilian loans allocated in France the Permanent Court of International Justice recognized force-majeure as a *common principle of law*. The domestic

¹ Force majeure clauses – Checklist and sample wording // URL: <http://siteresources.worldbank.org/INTINFANDLAW/Resources/Forcemajeurechecklist.pdf> (viewed on: 03.01.2014).

² Zaitseva V. M. The understanding of the Act of God in the General Theory of Law and in International Law: Comparative analysis // The Juridical Russia // URL: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1251549> (viewed on 03.01.2014).

law of the majority of the states is the evidence of the truthfulness of such a statement.

The early 17th century was marked with the rise of Lloyds with its first mentioning of *Edward Lloyd's* Coffee House which became very remarkable later on, in Tower Street in London³. It was popular among merchants, ship owners and others involved into shipping. The connections were not so fast so the informal business meeting could be easier to be held in taverns or cafes. The Lloyd's Coffee House knew about the *Act of God* and already recognized it in its insurance policies. During its development the insurance company of Lloyd has become 'the world market of marine insurance'⁴.

Later on, the 1906 *Marine Insurance Act*⁵ became a very important stage in marine insurance history giving explanation and definitions to most of the categories of this maritime field. Nonetheless, surprisingly, it did not have any provisions about either definition of *Act of God* or "force majeure" or whatever else it would be called. Neither were they defined in any other international conventions.

Thus, the notion of *Act of God* in maritime insurance is a very old and relevant category which has legal validity and is applicable but still lacks the definition recognized in international level.

The definition of Act of God

Logically, the word *insurance* takes its origin from the word *sure* meaning that there is a need to be *sure* about a definite thing, namely a safe

³ Pavliha M. Lectures on marine insurance law // Malta: IMO International Maritime Law Institute, 2004. P. 3 // URL: <http://www.dpps-mlas.si/pdf/Overview%20of%20Marine%20Insurance%20Law%20-%20Overview.pdf> (viewed on: 03.01.2014).

⁴ Efimov S. L. *Marine Insurance: Theory and Practice* // Moscow: RusConsultPress, 2001. P. 18.

⁵ English Marine Insurance Act 1906 // URL: <http://www.jus.uio.no/lm/england.marine.insurance.act.1906/landscape.pdf> (viewed on: 03.01.2014).

maritime adventure when it comes to maritime perspective. Thus, marine insurance is a category which can be said to be self-explanatory while *Act of God* cannot.

The terminology itself dealing with Act of God ‘dates back to 13th century when it meant a “superior force” outside of human control’⁶; and most of the other ordinary definitions at the end of the day meant the same or nearly the same thing. For instance, as it is defined by some international insurance brokers, *Act of God* is “a natural event such as flood, storm, lightning, or earthquake not caused by preventable by any human agency, and for which no transporter can be held accountable”⁷. As *Nugent v Smith* truly noticed in 1876 that *Act of God* is natural causes directly and exclusively without human intervention that could not have been prevented by any amount of foresight pains and care reasonably to have been expected. In contracts *Act of God* usually means such an operation of unavoidable natural forces which human foresight cannot reasonably be expected to anticipate, and directly and exclusively without human intervention to it.

It is interesting that there is a variety of wording for the *Act of God* as a legal event. The same term *force majeure* originally comes from *Code Napoléon* in France. In Russian legislation both terms of *force majeure* and *superior* (or irresistible) *force* are used. As it is clearly seen, the meaning and significance of this legal category does not change with the change of its wording; however, still no any international provision has defined it exactly. It can be presupposed that legal and layman’s definition of *Act of God* are different but to believe so is wrong. Vincent Poca thinks they are the same in

⁶ Act of God: Insurance, Exclusions and Risk // URL: <http://bmfuat.wickedservers.co.uk/pdf/Acts%20of%20God%20Inevitable%20Accidents.pdf> (viewed on: 03.01.2014).

⁷ NACORA’s Glossary of Marine Insurance Terms // URL: <http://www.nacora.com/fileadmin/nacora/files/Glossary.pdf> (viewed on: 03.01.2014).

their nature, but when it comes to defense as *Act of God* then ‘there is a second test where there must be no negligent behavior by any party’⁸.

Looking at the most serious international documents, it is important to note that none of them, even those that partly deal with marine insurance, have clearly standing definition for *Act of God*. Thus, the most significant one is the 1982 *United Nations Convention for the Law of the Sea*⁹ does not define *Act of God* not even in insurance purposes but neither in any other, though it does speak about this category as an exception provision in some of its parts, for instance: “Passage shall be continuous and expeditious. However, passage includes stopping and anchoring, but only in so far as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered necessary by *force majeure* or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress.”

Nevertheless, the 1980 *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* has a provision speaking about *Act of God* as following: “A party is *not liable* for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment *beyond his control* and that he *could not reasonably be expected* to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences”¹⁰. (Emphasis of the author).

Logically, this provision refers to *Act of God*; and even it does not define it, it is possible to draw its following characteristics out of it: 1)

⁸ Pica V. Acts of God, Boat Insurance, and You // URL: <http://www.dailyboater.com/2011/07/acts-of-god-boat-insurance-and-you.html> (viewed on: 04.01.2014).

⁹ The United Nations Convention on the Law of the Sea // URL: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (viewed on: 04.01.2014).

¹⁰ The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods // URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf> (viewed on: 04.01.2014).

suddenness of the peril; 2) being beyond human's control; 3) impossibility to reasonably expect the peril.

Moving on and looking at some domestic legislation, it is important to note that in some of them *Act of God* is defined, and in some it is not. For example, the 1906 English *Marine Insurance Act* doesn't even mention this legal category at all. The legislation of Ukraine in its turn also doesn't have the definition but it provides with its explanation in a number of standard acts dealing with marine insurance fully or partly. Moreover, it is interesting to note that there is an opinion due to which it is wrong to identify *Act of God* and *force majeure* since *Act of God* only refers to spontaneous events of nature while *force majeure* is a wider category which may also include social or political events which are stated by the parties of the transaction in the agreement.¹¹ As for Russia, it does not have such a division between the two terms; it refers to *Act of God* in its 1999 *Trade Navigation Code*¹² and gives the definition to it in its 1994 *Civil Code*¹³ as: "extraordinary circumstances, which it was impossible to avert under the given conditions. To such kind of circumstances shall not be referred, in particular, the violations of obligations on the part of the debtor's counter-agents, or the absence on the market of commodities, indispensable for the discharge, or the absence of the necessary means at the debtor's disposal".

Thereby, *Act of God* has a lot of optional names, and is either defined in the legislation regulating the correspondent relationship or not. Nevertheless, it is clearly seen that the legal regulation of the category would

¹¹ Juridical Nature of Force Majeure // URL:<http://www.kcci.kharkov.ua/ru/legal-services/280> (viewed on: 04.01.2014).

¹² The Trade Navigation Code of Russian Federation // <http://www.consultant.ru/popular/shipping/> (viewed on: 04.01.2014).

¹³ The Civil Code of Russian Federation // URL:http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/5_55.html#p3413 (viewed on: 04.01.2014).

be easier if the definition of the term was uniform for the international community and properly explain in its international definition.

The essence of Act of God as a legal category and its relevance nowadays

As it has been explained earlier, in its actual sense Act of God is such circumstances that are sudden, unexpected, impossible to predict and make the fulfilment of the obligation impossible. The provisions regarding Act of God, iether in the contract or in regulatory law, have their goal.

First of all, the Act of God provisions exist in odrder to exclude or limit liability for natural phenomena which is obviously fair: natural hazards stay apart from the parties of the transaction and may have advantegeous or disadvantegeous effects oneither of them, or the both. Thus, having these provisions or clauses stipulated is gainfully for the parties.

Secondly, the Act of God clauses in the contract play an essential part for a risk management, namely allocation of risk that each party accepts under the contract. So, by means of that the prospective risk is spread between the parties who 'do not put all the eggs into the same basket' with an important aim not to loose everything straight away once the disaster occurs.

Moreover, stipulated in the contract of insurance clauses about *Act of God* bring extra advantage to the insurer who by means of the possibility of *force majeure* may have a chance not to pay a claim since either the risks are allocated most of the responsibility for the journey lays on underwriters.

Act of God, as a ground to avoid liability, is a wide spread situation in the international law practice. Usually it refers to the unauthorized intrusions by the vessels into the territory of a foreign state due to the weather conditions. For instance, as it was noted, the passage can be stopped and anchored if rendered necessary by *force majeure*. Thereby, stipulating the

respective provisions both in legislation and when concluding contracts is advantageous.

Act of God as a ground of excluding from liability

The first and the most important aim *Act of God* is excluding from liability. The liability is excluded regardless guilt; otherwise it would be liability without any guilt since *Act of God* presupposes no guilt of the parties because of the extraordinary character of the accident itself. Moreover, “if the liability was not excluded in the situation of *Act of God* it would be liability for non-unlawful conduct as *Act of God* conception excludes unlawfulness of conduct of the delinquent”¹⁴. Taking the said into account, it is necessary to note that in case if *Act of God* did not exclude liability then it would be liability involving only cause-and-effect relation between the delinquent’s conduct and unfortunate consequences. And then it would be an emergency situation but not *Act of God*. Therefore, such liability is not considered.

A different matter is what is needed *to be done* in order to exclude liability under the circumstances of *Act of God*. Because of the presumption of guilt as one of the grounds of international law, the absence of such must be *proved* in order to exclude liability¹⁵. Only then a delinquent can be acquitted and excluded from liability. At the same time, the insurer is also not liable but since he is usually not responsible for the journey itself he doesn’t have to prove the absence of his guilt.

¹⁴ Bakunin S. N. Mahiboroda M. N. Act of God as a ground to exclude the carrier’s liability from civil liability in case of trespass in carriage of goods by air // URL:<http://justicemaker.ru/view-article.php?id=4&art=570> (viewed on: 05.01.2014).

¹⁵ Sadikov O. N. Civil Law: Manual // Moscow: INFRA-M, 2006 // URL: <http://for-expert.ru/gpravo1/122.shtml> (viewed on: 05.01.2014).

Thereby, *Act of God* excludes from liability but needs to be proven to be implemented.

Act of God as a legal defense

Since *Act of God* excludes liability on the ground of impossibility of being liable without guilt, it also acts as legal defense—the defense against being held liable for a guiltless trespass.

There is an opinion that such a defense would depend on two things: lack of predictability and lack of control; and if either characteristic is missing the defense fails¹⁶. Nevertheless, unlike the past the criteria are different now, namely, today the foresee ability is based not only upon the past but also upon that which modern technology and science allow us to project into the future; and it is obviously wider than it used to be. It does not however mean that every natural hazard can nowadays be predicted and, especially, prevented; that is why there is still a scope for the use of *Act of God* defense.

Furthermore, it was mentioned earlier that the liability under *Act of God* is excluded regardless of guilt; the only type of liability that is invoked regardless of culpability is a strict liability. *Act of God* is an exception from the strict liability rule stating that liability would be invoked irrespectively of guilt. And why is that? *Act of God* can offer an exception to strict liability because of the impossibility of anticipating the event. And the defense will only succeed if there has been no human intervention to create conditions under which *any* accident would result in harm. “The biggest difficulty concerning *Act of God* defense nowadays is proving that human elements

¹⁶ Inevitable Accident and Act of God as defenses in Tort Law // URL: <http://www.articlesbase.com/law-articles/inevitable-accident-and-act-of-god-as-defenses-in-tort-law-1059145.html> (viewed on: 05.01.2014).
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

played no role in causing the occurred consequences”¹⁷. However, in spite of the numerous shortcomings, the *Act of God defense* is as common today as ever.

Correlation of Act of God with the legal categories alike

In the context of considerable issues in regard to *Act of God* the distinction between the resembling categories has a big importance. The examples of such may be those that are likely to be mixed up or wrongly understood in their connection with *Act of God*. Thus, it is important to distinguish Act of God and cancellation clauses in the contract, *maritime perils*, understand their interconnection and correlation. It is also essential to see the difference between the general international rule dealing with Act of God and those specifications about it provided in domestic legislations or agreed in contracts.

Act of God and cancellation clause in the contract

Act of God acts as a ground to exclude from liability and gives the parties the right to stipulate the possibility of suspension or termination of the contractual relationship in case if the fulfillment of such becomes impossible due to the *Act of God*. Thereat, the logical question about the interconnection between cancellation clause and termination of the contract due to the *Act of God* arises.

It is worth to mention that the consequences which *Act of God* leads to are quite close to suspension of a commitment of the obligation in its nature.

¹⁷ Parlee R. S. Jones T. J. The Act of God Defense: Does it Still Exist? // URL: http://www.wisbar.org/am/template.cfm?section=wisconsin_lawyer&template=/cm/contentdisplay.cfm&contentid=101645 (viewed on: 05.01.2014).

Such a suspension is usually made for the period of time during which the fulfillment of the obligation is impossible due to *Act of God*, and is renewed once such circumstances fall away. For instance, the state of war is an internationally recognized *force majeure* event in most of the cases. Due to the 1969 *Vienna Convention on the Law of Treaties*¹⁸ *Act of God* can suspend the effect of the treaty and it is renewed after the war is finished. The reason is the fact that a state of war temporary makes the fulfillment of the obligation impossible and if it is temporary, the impossibility to perform the obligation may be invoked as a ground for suspending the operation of the treaty. Moreover, due to the international principle of freedom of contract, the parties may also agree on termination of the contract once the *Act of God* circumstances occur. Nevertheless, once the effect of the contract is suspended or terminated it never is so as respects to the period of time before the *Act of God*. In other words, suspension or termination of the contract due to *Act of God* does not annul the contractual relationship which existed before it commenced; while the cancellation clause does. The legal consequences of suspension and termination of the contract are different as those of cancellation since cancellation annuls the entire transaction from its very beginning. Moreover, “cancellation clauses are different as they deal with the consequences of one party choosing to cancel and set agreed levels of compensation”¹⁹, believes Egan. Thus, the same cannot be said about suspension which is a mutual consent of the parties and termination which is also mutual either anticipatorily or upon the contractual expiry period.

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties // URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (viewed on: 05.01.2014).

¹⁹ Egan S. Cancellation, Force Majeure and Insurance: Controlling the Uncertain // URL: <http://www.bwbllp.com/Files/Articles/Controlling%20the%20Uncertain.pdf> (viewed on: 06.01.2014).

Undoubtedly, some *Act of God* events are likely to have an impact on the whole transaction, however, it is not necessary to be so always. It all depends on the logical relief of obligations only to the extent that they prevent the party from performing them. In any case, the cancellation clause itself is different in its nature.

Act of God and maritime perils

When examining the question of interconnection between *Act of God* and *maritime perils* there is no doubt that *Act of God* is a kind of *maritime peril* since it packs a wallop and occurs as a danger that can take place either in land or at sea. Both *maritime perils* and *Act of God* are closely connected with a risk which is a fortuitous peril or hazard, something that may happen, not something that is inevitable. In other words, a degree of danger is an integral attribute of the both. In spite of this resemblance *Act of God* is usually ranked as a different, a separate legal category. Thus, it is importance to understand what special features assign it to be such.

What is a *maritime peril*? The *Marine Insurance Act* 1906 defined *maritime perils* as following: “Maritime perils” means the perils consequent on, or incidental to, the navigation of the sea, that is to say, perils of the seas, fire, war, perils, pirates, rovers, thieves, captures, seizures, restraints, and detainment’s of princes and peoples, jettisons, barratry, *and any other perils, either of the like kind or which may be designated by the policy*”. (Emphasis of the author).

As it is seen, the list of *maritime perils* in the definition is not exhaustive which means that any other dangers, or perils, alike can also be treated as maritime perils.

There is an opinion that “the term *perils of the seas* does not cover every accident or casualty which may happen to the subject-matter of the insurance on the sea”²⁰. It must be a peril “*of the sea*” though is well settled, that it is not every loss or damage of which the sea is the immediate cause which is covered by these words.

When speaking about correlation between *Act of God* and *maritime perils* it is important to note that the term *maritime peril* can be interpreted differently in different legal systems. In some legal doctrines they distinguish the terms *maritime peril* and *peril at sea*. In other words, a *maritime peril* doesn't have to be a peril literally connected with sea. However, Act of God is still applicable as a ground to exclude from liability in both of the cases. Such a distinction reminds of the distinction between sea and land risks in the 1906 *Marine Insurance Act*.

In addition, Goel believes that “maritime perils can be defined as the fortuitous accidents or casualties of the sea caused without the willful intervention of human agency”²¹. She marks our two types of maritime perils depending on possibility of insurance coverage and speaks about insured perils (storm, burning and sinking of the ship and others) and uninsured perils (regular wear and tear, leakage and others). In accordance with such a division, *Act of God* would belong to the first, insured, group of perils and still be the exception from it like it has been examined earlier.

Nonetheless, whatever definition should be considered more exact and right, they all coincide with the fact that *Act of God* is only a type of maritime perils which is distinguished by its peculiarities. The specificity of *Act of God*

²⁰ Knight W. M. Coasting Trade to Marine Insurance: Marine Insurance // URL: http://gluedideas.com/content-collection/business-encyclopedia-legal-adviser/Marine-Insurance_P2.html (viewed on: 07.01.2014).

²¹ Goel K. Non-life Insurance // URL: <http://www.scribd.com/doc/50915844/9/MEANING-OF-MARINE-PERILS> (viewed on: 05.01.2014).

barely consists of its spontaneity but it does miss the guilt of the delinquent since it act as an exceptional circumstance excluding liability. The same cannot be said about the other maritime perils which necessarily lead to liability and do not exclude it. Thereby, it is absence of guilt the makes *Act of God* exceptional in this context.

Correlation between international, domestic and contractual provisions about Act of God

It has been mentioned that there is no definition for *Act of God* in international law though the term is used in some important international documents. The international provisions about *Act of God* come from the principle of international law *quod alias non fuit licitum necessitas licitum facit*. Undoubtedly, the states have to follow the international provisions as dependence of domestic legislation on international provisions is obvious. Thus, the fact that international law has regulations in regard to *Act of God* impelled the states to create the respective provisions in their own legislations. On the one hand, it is good since the states have more freedom to interpret the legal provisions about this category in their domestic rules and formulate it in their own way; on the other hand, the lack in proper understanding of the term in international law by different legal entities creates too many doctrinal and opinions in domestic laws.

When it comes to contractual relationship in regard to the matter, it is worth to note that the correlation here is even more complicated since though being founded on the freedom of contract principle the contractual provision still have to comply with both the corresponding domestic law or law and international provisions. For instance, the application of the article

79 of the 1980 *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* which prescribes exclusion from liability in cases of *force majeure*, is connected with more detailed interpretation of this rule of law in contracts (in so-called *force majeure* clauses). Usually, contracts include the exhaustive list of circumstances referring to *Act of God*.

One of the relevant discussions nowadays is connected with the question whether the parties can widen the term *Act of God* stipulated in the legislation and stipulate the additional circumstances as referred to this category in their agreement.²² Sometimes in contracts the parties confine themselves to “the circumstances of *Act of God*” without listing the concrete circumstances. Obviously, such a contractual provision does not create more specification on the matter than the already existing in law. Sometimes the parties agree on the exhaustive list of such circumstances, and sometimes they may even agree on the circumstances that cannot be referred to *Act of God* at all.

On the one hand, the parties have the freedom of contract and may agree on whatever conditions they like. On the other hand, freedom of contract only means the right of individuals to consent to binding contracts without government intervention, and it does not abolish the necessity to comply with international standard rules. Thereby, if the parties agree on something going beyond the international rule, it will not apply in any case. Nevertheless, the parties still can stipulate the additional circumstances of *Act of God* in their agreement since the international list of such circumstances is open, or not exhaustive. The international practice proves that when evaluating the possibility to exclude from liability due to *Act of*

²² Force majeure circumstances in Russian and International Law: the principles of the definition // URL: <http://bazazakonov.ru/doc/?ID=534991> (viewed on: 08.01.2014).

God the court has to take into account the provisions agreed in the contract, and they will be counted if they comply with the respective international rules.

Conclusion

Approaching to the conclusion it is important to make a general overview in order to analyze what have been said and provided above.

First of all, it has been shown that, just as marine insurance itself, historically the category of *Act of God* is very well-known and old occurrence of which bears risk and never depended on human's factor. Thereupon, it has always been clear that the liability arose on the score of such events might be excluded; either it was about marine insurance or any other contract. However, during such a long time period of its existing the international law hasn't developed the clear definition of the term, as well as it did not its comprehensive explanation though the important international documents do operate with this term which shows its relevance and importance. As a result of this, in many domestic laws the definition is tried to be given through the list of the characteristics of *Act of God*; in some others the definitions themselves exist. It is good on the one part since it grants the states more freedom in formulating their domestic terms in this context; yet, on the other part, because of the very ambiguous conception of *Act of God* in the international level there is no integrated understanding of the category by all the major legal entities. In any case, the relevance of *Act of God* as a ground to exclude from liability without guilt and a way to allocate risks is evident.

Naturally, when having lacks in understanding of the category the opinions differ and considerable issues appear. First of all, it is often discussed why *Act of God* is a ground to exclude from liability. In the context of marine insurance this would first be the insured that had no possibility to prevent the event caused harm; secondly it is the insurer who would not have to pay the insurance coverage on the same grounds. The most logical reason is not only in the spontaneity and impossibility to predict the situation and especially to take action against it but the absence of guilt in *Act of God*. Apparently, to hold liable without guilt would be a violation of a fundamental principle of international law. Hereby, *Act of God* also is a defense—against being liable without guilt though the practice shows that in reality it is very difficult to prove such absence of guilt.

Another significant issue is the question of correlation of *Act of God* with the legal categories alike. For example, while examining its interconnection with cancellation clauses in the contract, was cleared that these two categories do not intersect as they have different grounds and consequences, and stand separately. The correlation of *Act of God* with *maritime perils*, on the contrary, is obvious as *Act of God* is itself a type of a *maritime peril* whereas the exclusion from liability due to the above stated absence of guilt is the factor that makes *Act of God* a specific *maritime peril*. At last, it was clarified that the correlation of international, domestic and contractual provisions regarding *Act of God* is based on their high interconnection though the hierarchy of legislation and the freedom of contract principle still have to be observed.

Thereby, a good historical basis, relevance nowadays and demand for its development are important attributes of the notion of *Act of God*;

nevertheless, there is some misunderstanding in the present regulation and the proper application of the category. Having studied the main issues arising in this context the author draws a conclusion that *Act of God* nowadays is highly relevant but its weak position in the context of the stated lacks in its international legal regulation causes to the existing misunderstanding and problems. Presumably, the *Act of God* category should be either well developed or abolish at all. On the grounds of its relevance and constantly happening natural phenomena which the human factor cannot have control over the *Act of God* notion shall not be abolished. Therefore, the legal category of *Act of God* should exist in international law with the same respect to marine insurance and be well developed; and for that the existing gaps must be made up and the additional necessary tools shall be brought to amend the revealed deficiencies of the *Act of God* category.

PROTOCOL NO. 7 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: THIRTY YEARS OF EXPERIENCE*

Alla Tymofeyeva*

Abstract. The article analyses the case-law of the European Court of Human Right regarding provisions of Protocol № 7 to the European Convention on Human Rights. The Committee of Ministers adopted this protocol in 1984, and this year marks its 30th anniversary. The analysis is contains five main areas corresponding to the substantial articles of the Protocol, namely: 1) procedural safeguards relating to expulsion of aliens (Article 1); 2) the right of appeal in criminal matters (Article 2); 3) compensation for wrongful conviction (Article 3); 4) the right not to be tried or punished twice (Article 4) and 5) equality between spouses (Article 5). Special attention is paid to the human rights of legal persons under this Protocol in view of the fact that the first judgment which found a violation of Protocol № 7 in respect of a legal entity was issued in March 2014.

Keywords: European Court of Human Right; European Court; European Convention on Human Rights; Protocol № 7 to the European Convention; human rights of legal persons; procedural safeguards relating to expulsion of aliens; the right of appeal in criminal matters; compensation for wrongful conviction; the right not to be tried or punished twice; equality between spouses; ECHR and ECtHR.

* I would like to express my strong gratitude to Robin Schädler for the assistance with preparation of this article.

* JU Dr. Alla Tymofeyeva Ph.D.

Introduction: a little bit of history

Drawn up by the Council of Europe's internal Steering Committee for Human Rights, Protocol N° 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as "Protocol N° 7 to the Convention" or "the Protocol") was adopted at the 374th Meeting of the Ministers' Deputies in June 1984. On 22 November 1984 this Protocol was opened for signature by the member states of the Council of Europe. Until 2014, forty-three member states of the Council of Europe have become parties to this treaty. Only four countries have refused to ratify Protocol N° 7 to the Convention; three of them (Germany, the Netherlands and Turkey) signed the protocol in the beginning¹ and only the United Kingdom neither signed nor ratified this additional protocol to the European Convention on Human Rights (hereinafter referred to as the "the Convention").

The first state to sign and ratify Protocol N° 7 to the Convention was Sweden². Together with nine other states, Sweden signed it on the first possible day³. The process of ratification, however, took a few more years. In accordance with Article 9 of the Protocol, its entry into force required seven ratifications. Ultimately, Protocol N° 7 to the Convention entered into force after about four years from the date of the first signature, namely on 1st November 1988. Exactly ten years later it was amended according to the

¹ Germany signed Protocol N° 7 to the Convention on 19 March 1985, the Netherlands on 22 November 1984, that is the day when it was opened for signature, and Turkey on 14 March 1985. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=13/03/2014&CL=ENG>.

² Sweden signed Protocol No. 7 to the Convention on 22 November 1984 and ratified on 8 November 1985.

³ On 22 November 1984 Protocol No. 7 to the Convention was signed by Denmark, France, Greece, Italy, Luxembourg, Netherlands, Norway, Portugal, Spain and Sweden.

provisions of Protocol № 11 to the Convention⁴. This altered version will be a subject of the present study.

Creation of Protocol № 7 to the Convention was inspired by the International Covenants on Human Rights of 1966⁵. In October 1967, the Committee of Ministers, being aware of problems that might arise from the coexistence of the Convention and the United Nations Covenants, instructed the Committee of Experts on Human Rights to investigate these problems. A number of reports were prepared and discussed by the Committee of Experts. In the framework of the medium-term plans 1976-1980 and 1981-1986 of the Council of Europe, it drafted the documents “Extension of human rights—Extending the human rights set forth in the European Convention on Human Rights and its Protocols (United Nations Covenant on Civil and Political Rights)” and “Extension of the list of civil and political rights and freedoms set forth in the European Convention on Human Rights”. While working on the draft protocol to the Convention, the Committee of Experts kept in mind in particular the need to include only rights which could be guaranteed within the framework of the system of control instituted by the Convention⁶.

The Protocol extends the list of rights protected under the Convention and its Protocols to include the following:

1) the right of aliens to procedural guarantees in the event of expulsion from the territory of a state (Article 1);

⁴ Protocol № 11 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=155&CM=8&DF=13/03/2014&CL=ENG>.

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976. URL: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>.

⁶ See, the Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

- 2) the right of a person convicted of a criminal offence to have the conviction or sentence reviewed by a higher tribunal (Article 2);
- 3) the right to compensation in the event of a miscarriage of justice (Article 3);
- 4) the right not to be tried or punished in criminal proceedings for an offence for which one has already been acquitted or convicted (*ne bis in idem*) in Article 4;
- 5) equality of rights and responsibilities as between spouses (Article 5).

Taking into account the fact that Protocol № 7 to the Convention contains five material articles amplifying the guarantees set forth in the Convention, we are going to briefly elaborate on each of these provisions in the following parts of the paper. In addition, an analysis of the more than quarter century experience of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the “the Court”) with application of the articles of the Protocol will be made. Special attention will be dedicated to human right of legal persons under this Protocol.

Procedural safeguards relating to expulsion of aliens

Pursuant to Article 1 of Protocol № 7 to the Convention an alien lawfully residing in the territory of a member state of the Council of Europe shall not be expelled there from. However, expulsion is possible “in pursuance of a decision reached in accordance with law”. In Explanatory Report⁷ to the Protocol, the term “lawful residence” is defined as to exclude any alien who has arrived at a port or other point of entry but has not yet passed through the

⁷ Explanatory Report to Protocol № 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

immigration control or who has been admitted to the territory for the purpose only of transit or for a limited period for a non-residential purpose. The autonomous concept of “expulsion” needs to be seen in light of Article 3 of Protocol № 4⁸ to the Convention, hence it does not include extradition⁹.

The title of Article 1 prompts that aliens facing expulsion enjoy certain procedural safeguards. They shall be allowed: 1) to submit reasons against his or her expulsion, 2) to have the case reviewed, and 3) to be represented for these purposes before the competent authority or person(s) designated by that authority. Paragraph 14 of the Explanatory Report¹⁰ illuminates that the right to have a representative physically present when the case is considered not to be implied by the text of the provision. Moreover, the whole procedure may be in writing without the need for an oral hearing.

Article 1 of Protocol № 7 to the Convention belongs to the provisions, which are not very often applied. For more than 25 years of practice of the Court after entry into force of the Protocol, the number of judgments where it found a violation of this Article is considerably small in comparison to the other Articles of the Convention. This situation can be explained by the fact that there is little literature has been published on the subject and many lawyers are not aware of existence of this right. In addition, the situation of deportation is not as common as, say, trial in general. Moreover, it concerns only aliens, while the other provisions are applicable to both nationals and foreigners.

⁸ Protocol № 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=046&CM=8&DF=14/03/2014&CL=EN> G.

⁹ HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. Law of the European Convention on Human Rights. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 746.

¹⁰ Explanatory Report to Protocol № 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

The case of *Takush v. Greece*¹¹ concerned Mr Fatmir Takush, an Albanian national, who had been lawfully resident in Thessaloniki, on the basis of a temporary residence permit. On 10 September 2008 he was arrested by the police and immediately committed for trial before the Criminal Court on a charge of aiding and abetting the unlawful entry of aliens into Greece. Pending an order for his deportation, the authorities ordered his detention on the grounds that he presented a danger to public order. Mr Takush argued that his deportation had been unjust and that his application to have the deportation order set aside had been ineffective. In view of the fact that the applicant was not informed about the deportation in a language he was able to understand, that he had no possibility to appeal against a decision on deportation, given the whole process of an expulsion procedure, the Court finally held that Article 1 of Protocol № 7 was breached.

Applicants invoke Article 1 of the Protocol № 7 on rare occasions. It is of interest that in the above-mentioned case, the applicant primarily did not rely on this article. He alleged a violation of number of other articles, in particular, Articles 3, 5 § 1, 8 and 13 of the Convention, and the Court itself, striving for efficiency of justice, in compliance with the principle *iura novit curia*, decided to consider a violation of Article 1 of Protocol № 7¹². Similarly, the applicant in *Nowak v. Ukraine* complained under Article 6 that he did not understand the charges against him during his deportation. The Court noted that there were no judicial proceedings concerning the applicant's removal from the territory of Ukraine, therefore, it would fall outside the scope of Article 6 of the Convention. Nevertheless, being master of the legal characterization to

¹¹ *Takush v. Greece*, no. 2853/09, 17 January 2012.

¹² *Takush v. Greece*, no. 2853/09, § 50, 17 January 2012.

the facts of the case, the Court decided to examine the issue under Article 1 of Protocol № 7 to the Convention¹³.

The similarity of the cases *Takush*¹⁴ and *Nowak*¹⁵, it is not constrained to the application of the *iura novit curia* principle, as the factual situation was equally comparable. The decision on Mr Nowak's expulsion was also served on him in a language he did not understand and in circumstances which prevented him from being represented or submitting any reasons against his expulsion. Therefore, the Court drew the same conclusions.

In *Bolat v. Russia*¹⁶ the applicant, a Turkish national, lived in Russia on the basis of a long-term residence permit. The Passports and Visas Department annulled his residence permit on the ground that he had repeatedly violated residence regulations. He was ordered to leave Russia but a town court suspended the execution on account of a pending Supreme Court decision on his request for supervisory review. On 7 August 2003 several officers of the Ministry of the Interior, some of them masked, entered the applicant's flat, handcuffed him and placed him on a flight to Istanbul. The Court held that these actions of the state officials infringed provisions of Article 1 of Protocol № 7 as the decision to expel the applicant had not been taken in accordance with law. The lack of compliance with national law was a reason of finding a breach of this provision of the Convention in a number of other cases¹⁷.

¹³ *Nowak v. Ukraine*, no. 60846/10, § 72, 31 March 2011.

¹⁴ *Takush v. Greece*, no. 2853/09, 17 January 2012.

¹⁵ *Nowak v. Ukraine*, no. 60846/10, 31 March 2011.

¹⁶ *Bolat v. Russia*, no. 14139/03, ECHR 2006-XI (extracts).

¹⁷ *Kaushal and Others v. Bulgaria*, no. 1537/08, § 49, 2 September 2010; *Ahmed v. Romania*, no. 34621/03, 13 July 2010; *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, 12 February 2009; *Lupsa v. Romania*, no. 10337/04, ECHR 2006-VII.

Absence of a violation of Article 1 of Protocol № 7 is usually declared in the admissibility stage. In a number of cases¹⁸, the Court declared such applications inadmissible due to failure to exhaust domestic remedies. The case of *Nagula v. Estonia*¹⁹ may serve as an example. The applicant's complaint was manifestly ill-founded as in the course of the proceedings against Mr Eduard Nagula, it was open to him to submit arguments against the authorities' refusal to extend his residence permit, but he failed to do so.

Right of appeal in criminal matters

Article 2 of Protocol № 7 to the Convention recognises the right of everyone convicted of a criminal offence by a tribunal to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. Paragraph 2 of this Article envisages three main exceptions to this right of review by a higher tribunal: 1) for offences of a minor character, as prescribed by law; 2) in cases in which the person concerned has been tried in the first instance by the highest tribunal, for example by virtue of his or her special status as a minister, prosecutor or other holder of high office, or because of the nature of the offence; 3) where the person concerned was convicted following an appeal against acquittal.

As to the first exception, it should be noted, that when deciding whether an offence is of a minor character or not, an important criterion is the question of whether the offence is punishable by imprisonment²⁰. If the answer is "yes", this provision will normally not be applicable²¹. However,

¹⁸ *Dilan Sadik Ali v. Norway* (dec.), no. 22669/10, unpublished and *Sergei Andreyev v. Estonia* (dec.), no. 42987/09, unpublished.

¹⁹ *Nagula v. Estonia* (dec.), no. 39203/02, § 9, ECHR 2005-XII (extracts).

²⁰ Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>

²¹ *Kakabadze and Others v. Georgia*, no. 1484/07, § 97, 2 October 2012.

there are also exceptions from this rule. In the case *Putz v. Austria*²² the Commission found an offence, whose penalty consisted of imprisonment for a period not exceeding eight days, to be of a “minor character”.

In the case of *Galstyan v. Armenia*²³, the Court came to the opposite conclusion. The applicant was sentenced to three days of detention. However, the law, under which this sentence was imposed, prescribed up to 15 days of detention as a maximum penalty. The Court, therefore, considered that a penalty of 15 days of imprisonment was sufficiently severe not to be regarded as being of a “minor character” within the meaning of Article 2 § 2 of Protocol № 7²⁴.

Notion “criminal offence” has an autonomous meaning requiring recourse to the case-law of the Court; domestic law on this point is not decisive. In the case of *Zhelyazkov v. Bulgaria*²⁵, the applicant submitted that although he had been convicted under administrative law, the offence was criminal within the meaning of Article 2 of Protocol № 7 in view of its being identical with the criminal offence of hooliganism. Moreover, it carried the penalty of imprisonment. The Court agreed with the applicant and held that there has been a breach of this Article.

Contracting states have a wide margin of appreciation in determining how the rights secured by Article 2 of the Protocol will be exercised²⁶. In the case of *Krombach v. France* the Court gave an approximate explanation: “...the review by a higher court of a conviction or sentence may concern both points of fact and points of law or be confined solely to points of law.

²² *Putz v. Austria*, no. 18892/91, Commission decision of 3 December 1993, DR 76-A, p. 51.

²³ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, 15 November 2007.

²⁴ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, § 124, 15 November 2007.

²⁵ *Zhelyazkov v. Bulgaria*, no. 11332/04, 9 October 2012.

²⁶ HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. *Law of the European Convention on Human Rights*. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 749.

Furthermore, in certain countries, a defendant wishing to appeal may sometimes be required to seek permission to do so. However, any restrictions contained in domestic legislation on the right to a review mentioned in that provision must, by analogy with the right of access to a court embodied in Article 6 § 1 of the Convention, pursue a legitimate aim and not infringe the very essence of that right²⁷. The applicant in the present case alleged that it was impossible to appeal to the court of cassation against a conviction by an assize court after a trial *in absentia*, since Article 636 of the French Code of Criminal Procedure precluded such appeals. Taking into account that he had no possibility to have his conviction reviewed by a higher court, the Court held that there had been a violation of Article 2 of Protocol № 7 to the Convention.

The Court found a violation of Article 2 of Protocol № 7 in the case of *Galstyan v. Armenia*²⁸ because the review procedure prescribed by domestic law did not provide a clear and accessible right to appeal as it lacked clearly-defined procedures, time-limits and consistent application in practice. Domestic law gave the power of review to the chairman of a superior court—whether or not upon the individual’s request. In the Court’s opinion, such a review possibility was not compatible with Article 2 of Protocol № 7 to the Convention²⁹.

A similar situation existed also in Ukraine. In the case of *Gurepka v. Ukraine*³⁰, the applicant alleged to possess no effective remedy against his administrative arrest and detention. The extraordinary review procedure prescribed by the Ukrainian Code of Administrative Offences could only be

²⁷ *Krombach v. France*, no. 29731/96, § 96, ECHR 2001-II.

²⁸ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, 15 November 2007.

²⁹ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, § 126, 15 November 2007.

³⁰ *Gurepka v. Ukraine*, no. 61406/00, § 58, 6 September 2005.

initiated by a prosecutor or by a motion of the president of the higher court. Given that this procedure was not directly accessible to a party to the proceedings and did not depend on his or her motion and arguments, the Court concluded that it was not a sufficiently effective remedy for Convention purposes. In 2002 the Ukrainian parliament introduced changes to the national legislation declining the procedure of an extraordinary review³¹.

Bulgaria also faced such difficulties. The Court found a violation of Article 2 of Protocol № 7 in a number of cases³² due to the impossibility of challenging a conviction under certain legal acts, in particular under the 1963 Decree on Combating Minor Hooliganism. In May 2011 the Constitutional Court declared Article 7 of the 1963 Decree unconstitutional, and that in November 2011 that provision was subsequently amended with a view to the Convention and the Court's case-law³³.

In the case of *Kakabadze and Others v. Georgia*³⁴, the applicants were members of the Equality Institute, a Georgian non-governmental organisation. The case concerned their arrest and punishment by detention, which was imposed as an administrative sanction for participating in a demonstration. The applicants *inter alia* complained that they had no right of appeal against their conviction. The Court observed that the situation in the present case was identical to those examined by the Court in two landmark cases on the matter—*Gurepka* and *Galstyan*. Notably, in the instant case as well, irrespective of the fact that the applicants' appeal had actually been examined by a judge of the Supreme Court, the extraordinary

³¹ *Agrotehservis v. Ukraine*, no. 62608/00, § 46, 5 July 2005.

³² *Stanchev v. Bulgaria*, no. 8682/02, § 49, 1 October 2009; *Kambourov v. Bulgaria (no. 2)*, no. 31001/02, § 27, 23 April 2009 and *Zhelyazkov v. Bulgaria*, no. 11332/04, § 43, 9 October 2012.

³³ *Zhelyazkov v. Bulgaria*, no. 11332/04, § 45, 9 October 2012.

³⁴ *Kakabadze and Others v. Georgia*, no. 1484/07, 2 October 2012.

review procedure contained in that domestic provision depended on the domestic authorities' discretionary power and lacked a clearly defined procedure and time-limits, thus representing an ineffective remedy³⁵ for the purposes of Article 2 of Protocol № 7.

Compensation for wrongful conviction

Generally, international law does not confer a right to compensation upon individuals³⁶.

Under international custom, this remains a prerogative of states. The state responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate another state for the damage caused thereby³⁷. Such compensation shall cover all financially assessable damage including the loss of profits. In accordance with Article 34 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts³⁸, compensation is seen as one of the forms of reparation. Pursuant to Article 41 of the Convention, if the Court finds a violation, it may, if necessary, afford just satisfaction to the injured party³⁹. Nonetheless, it is not an obligation of the Court; consequently, there is no right to just satisfaction⁴⁰. It is unclear,

³⁵ *Hakobyan and Others v. Armenia*, no. 34320/04, § 140, 10 April 2012.

³⁶ HÝBNEROVÁ, S. Odškodnění v mezinárodním právu lidských práv [Compensation in international law of human rights]//Compensation in international law. Studies in International Law. № 5 (28). Prague: Charles University in Prague, 2013, p. 99 and FLÍDROVÁ, E. Copensation of victims under international agreements on human rights// Compensation in international law. Studies in International Law. № 5 (28). Prague: Charles University in Prague, 2013, p.109.

³⁷ Article 36 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001 // *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II (Part Two).

³⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001 // *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II (Part Two).

³⁹ The European Convention. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

⁴⁰ TYMOFEYEVA, A. and BLŠŤÁKOVÁ, T. Just satisfaction under the European Convention on Human Rights. // Compensation in international law. Studies in International Law. № 5 (28). Prague: Charles University in Prague, 2013, p.121.

however, whether Article 3 of the Protocol № 7 is an exception to this general rule.

Article 3 provides that compensation shall be paid to a victim of a miscarriage of justice under certain conditions. These conditions may be summarized as follows: 1) when a person has been convicted of a criminal offence by a final decision; 2) when his or her conviction has subsequently been reversed; 3) when a person has been pardoned, on the ground that a new or newly discovered facts show conclusively a miscarriage of justice. However, there is no right to compensation under this provision, if it can be shown that the non-disclosure of the unknown fact in time was wholly or partly attributable to the person convicted⁴¹.

The issue of a “newly discovered fact” was analyzed by the Court in the case of the *Matveyev v. Russia*⁴². The case related to inability to seek compensation for non-pecuniary damage following quashing of criminal convictions. The applicant was convicted of forging a prepaid postal stamp to send personal correspondence free of charge. Mr Matveyev was sentenced to two years’ imprisonment, which he served. His conviction was later quashed under the supervisory-review procedure. In the course of these proceedings a domestic court found that the stamp used by the applicant was in fact invalid under the relevant legislation. Therefore, it could not have been used to obtain a profit unlawfully. The applicant made a successful claim for compensation for pecuniary damage, but his claim for compensation for non-pecuniary damage was dismissed as there was no provision in domestic law at the time permitting such a claim to be made. In view of the absence of “a

⁴¹ HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. *Law of the European Convention on Human Rights*. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009. P. 750.

⁴² *Matveyev v. Russia*, no. 26601/02, 3 July 2008.

new or newly discovered fact”, the Court held that the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3.

In the case of *Poghosyan and Baghdasaryan v. Armenia*⁴³, the first applicant was awarded compensation in respect of lost earnings, but his claim in respect of non-pecuniary damage was dismissed on the grounds no such provision existed in the Civil Code. The Court observed that the purpose of Article 3 of Protocol № 7 was not merely to recover any pecuniary loss caused by wrongful conviction but also to provide a person convicted as a result of a miscarriage of justice with compensation for any non-pecuniary damage such as distress, anxiety, inconvenience and loss of enjoyment of life. As far as no such compensation had been available to the first applicant, it concluded that there was a breach of this provision.

As it was said before, the United Kingdom is not a party to Protocol № 7 to the Convention; however, the Grand Chamber judgment in the case of *Allen v. the United Kingdom*⁴⁴ brought an important elucidation regarding the right to compensation under Article 3 of Protocol № 7. The case concerned the refusal of compensation after the overturning of a criminal conviction and was evaluated by the Court under Article 6 § 2 of the Convention (presumption of innocence). The applicant was convicted of manslaughter of her baby son on the basis of medical evidence that the boy's injuries amounted to “non-accidental head injury” (“NAHI”). On appeal she claimed that new medical evidence suggested that the injuries could be attributed to a cause other than NAHI. As a result the court of appeal quashed her conviction. It noted that the new evidence might have affected

⁴³ *Poghosyan and Baghdasaryan v. Armenia*, no. 22999/06, ECHR 2012.

⁴⁴ *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09 [GC], ECHR 2013.

the jury's decision to convict. The prosecution, however, did not apply for a re-trial given that the applicant had already served her sentence. The applicant lodged a claim for compensation, but her claim was refused given that there was no miscarriage of justice. For the theory of the Convention law it is of interest how the Court determined the relation between Article 6 and Article 3 of Protocol N° 7, being expressed in almost identical terms. It noted that the two Articles are concerned with entirely different aspects of the criminal process. On its opinion, there is no suggestion that Article 3 of Protocol N° 7 was intended to extend general guarantees similar to those contained in Article 6 § 2 to a specific situation. With reference to Article 7 of Protocol N° 7, the Court reminded that all provisions of the Convention shall apply accordingly, and "Article 3 of Protocol N° 7 cannot therefore be said to constitute a form of *lex specialis* excluding the application of Article 6 § 2"⁴⁵.

Right not to be tried or punished twice

The principle *ne bis in idem* was known already in ancient times⁴⁶. As it stands in Article 4 of Protocol N° 7, the principle signifies that a person may not, under the jurisdiction of the same state, be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted⁴⁷. International criminal courts⁴⁸ which adjudicated upon the behavior of persons in the course of armed conflicts, have widely applied said principle. Additionally, it should be noted that Article 4 may not

⁴⁵ *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09 [GC], § 105, ECHR 2013.

⁴⁶ OLIVER P., BOMBOIS T. « Ne bis in idem » en droit européen : un principe à plusieurs variantes // *Journal de droit européen*, 20e année, N° 193 (nov. 2012), p. 266.

⁴⁷ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. P. 1408.

⁴⁸ JIRUŠKOVÁ I. *Aplikace zásady ne bis in idem v trestním právu*. URL: https://is.muni.cz/th/52940/pravf_r/APLIKACE_ZASADY_NE_BIS_IN_IDEM_V_TRESTNIM_PRAVU.txt

be subject to derogation under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency threatening the life of the nation⁴⁹.

Paragraph 2 of Article 4 of the Protocol envisages two main reasons for the reopening of the case in accordance with the law to be possible: 1) if there is evidence of new or newly discovered facts, or 2) if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case⁵⁰.

The question of the “new or newly discovered facts” was subject to the Court’s study in the case of the *Nikitin v. Russia*⁵¹. It concerned the supervisory review proceedings conducted after the final acquittal of the applicant. The Court observed that the applicant was not “tried again” as the supervisory review could be considered as a re-opening of a finally decided criminal case on the grounds of new or newly discovered evidence, which was in accordance with Article 4 § 1 of Protocol N° 7⁵². In the same case, the Court furthermore dealt with the relation between this Article and Article 6 of the Convention in view of the fact that *ne bis in idem* is one of the fair trial guarantees. The Court reiterated: “The mere fact that the institution of supervisory review as applied in the present case was compatible with Article 4 of Protocol N° 7 is not, however, sufficient to establish compliance with Article 6 of the Convention”⁵³.

⁴⁹ Paragraph 33 of the Explanatory Report to Protocol N° 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>

⁵⁰ HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. Law of the European Convention on Human Rights. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 751.

⁵¹ *Nikitin v. Russia*, no. 50178/99, ECHR 2004-VIII.

⁵² *Fadin v. Russia*, no. 58079/00, § 32, 27 July 2006.

⁵³ *Nikitin v. Russia*, no. 50178/99, § 54, ECHR 2004-VIII and KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, p. 1408.

The second exception envisaged in paragraph 2 of Article 4 of Protocol № 7 was a reason of founding no violation in the case of *Marguš v. Croatia*⁵⁴. The applicant was a member of the Croatian army. A first set of criminal proceedings was brought against him in 1993 in connection with a number of serious offences against civilians, including murder. Those proceedings were terminated under an amnesty act. In 2007 the county court convicted him of war crimes against the civilian population. The offences set out in the applicant's indictment in 1993 corresponded to those described in the county court's judgment in 2007. Judging this case, the Court took into account the rule that granting an amnesty in respect of crimes against humanity, war crimes and genocide is prohibited by international law. It concluded that the grant of an amnesty to the applicant in respect of acts which had been characterised as war crimes against the civilian population had amounted to a fundamental defect in the proceedings within the meaning of the second paragraph of Article 4 of Protocol № 7, justifying the reopening of the proceedings.

As a key judgment, the Grand Chamber case of *Sergey Zolotukhin v. Russia* establishes the main rules in applying Article 4 of Protocol № 7⁵⁵. The Court reiterated that this Article contains three distinct guarantees and provides that no one shall be 1) liable to be tried, 2) tried or 3) punished for the same offence. The circumstances of the case may be summarized as follows. Mr Zolotukhin was arrested for bringing his girlfriend into a military compound without authorization. The local court convicted him of “minor disorderly acts” under Article 158 of the Russian Code of Administrative Offences and sentenced him to three days of detention. Subsequently,

⁵⁴ *Marguš v. Croatia*, no. 4455/10, 13 November 2012.

⁵⁵ *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009.

criminal proceedings were brought against him in relation to the same events. Although the applicant had eventually been acquitted, it made no difference for the Court as the same offence was prosecuted twice. Therefore, there has been a violation of Article 4 of Protocol N° 7.

Autonomous meaning of the notion “criminal proceedings” in the Convention may also include administrative procedures. In view of the severity of the penalty (three days’ detention) in the case of *Zolotukhin v. Russia*⁵⁶, the applicant’s administrative conviction fell within the ambit of a “penal procedure” for the purposes of Article 4 of Protocol N° 7. The Court applied this meaning also in the case of *Khmel v. Russia*⁵⁷. The applicant was convicted of “persistent refusal to obey police orders” and “minor disorderly acts” in administrative proceedings which are to be assimilated to “penal procedure” within the autonomous Convention meaning of that term. After his conviction had become final, criminal charges relating to the same set of factual circumstances were brought against him and he was convicted again in the proceedings that followed. Accordingly, Article 4 of Protocol N° 7 was breached.

A great contribution of the judgment in the case of *Zolotukhin v. Russia*⁵⁸ amounted to determining the notion “same offence”. In its previous practice, the Court had adopted a variety of different approaches, placing the emphasis on identity of the facts irrespective of their legal characterisation⁵⁹, on the legal classification as the same set of facts could give rise to different offences⁶⁰, or on the existence of essential elements common to both

⁵⁶ *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009.

⁵⁷ *Khmel v. Russia*, no. 20383/04, § 63, 12 December 2013.

⁵⁸ *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009.

⁵⁹ *Gradinger v. Austria*, 23 October 1995, Series A no. 328-C.

⁶⁰ *Oliveira v. Switzerland*, 30 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

offences⁶¹. The final explanation given in the present case is that Article 4 of Protocol № 7 should be understood as prohibiting the prosecution or trial of an individual for a second offence in so far as it arose from identical facts or facts that were “substantially” the same as those underlying the first offence. This guarantee comes into play when a new set of proceedings is instituted after a previous acquittal or conviction has obtained the force of *res judicata*.

Equality between spouses

The last substantive provision of Protocol № 7 provides for the equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution. This provision excludes the period preceding marriage and does not apply to conditions of capacity to enter into marriage provided by national law⁶².

The rights and responsibilities of spouses under Article 5 of Protocol № 7 to the Convention are of a private law character; therefore, this article does not apply to other fields of law, such as administrative, fiscal, criminal, social, ecclesiastical or labour laws⁶³.

With the member states being free to take necessary measures in the interests of the child, they enjoy a wide margin of appreciation in the area of child care. National courts are free to apply provisions of domestic law, if they are not discriminatory in their nature⁶⁴. Non-consignment of a child to

⁶¹ *Franz Fischer v. Austria*, no. 37950/97, 29 May 2001.

⁶² HARRIS, D.J., O'BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. *Law of the European Convention on Human Rights*. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 754.

⁶³ Paragraph 35 of the Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>

⁶⁴ *Iosub Caras v. Romania*, no. 7198/04, § 57, 27 July 2006.

the father's care does not mean "anti-fathers" discrimination⁶⁵. A similar approach is taken by the Court in cases concerning adoption.

In the case of *Chepelev v. Russia*⁶⁶, relying on Article 5 of Protocol N° 7, the applicant complained about the domestic authorities' decision to allow his daughter to be adopted without his consent. The Court noted that Mr Chepelev had not seen his daughter since she was two years old, which is more than three years before her adoption had been granted. On the other hand, the adoptive father had close ties with the daughter of the applicant as they had been living together for almost three years by the time she was adopted. Moreover, the girl considered him to be her father. With regard to that there had been no indication that the domestic authorities had arbitrarily come to their decisions, the Court held unanimously that there had been no infringement of Article 5 of Protocol N° 7.

The case of *D.D. v. France*⁶⁷ concerned the exequatur of a foreign unilateral divorce judgment. Though the case was finally struck out of the list of cases of the Court, it set an example for possible violations of the Article. In the present case it was noted that a decision which recognizes unilateral repudiation by the husband without giving legal effect to any challenge by the wife is contrary to the principle of equality between spouses on the dissolution of a marriage, as recognized by Article 5 of Protocol N° 7 to the Convention⁶⁸.

The need to take into account the interest of children is also related to the judgments and decisions under Articles 8 and 14 of the Convention. In a number of cases where the Court found a violation of Article 8, it decided

⁶⁵ *Maršálek v. the Czech Republic*, no. 8153/04, § 77, 4 April 2006.

⁶⁶ *Chepelev v. Russia*, no. 58077/00, 26 July 2007.

⁶⁷ *D.D. v. France* (striking out), no. 3/02, 8 November 2005.

⁶⁸ *D.D. v. France* (striking out), no. 3/02, § 27, 8 November 2005.

that complaints under Article 5 of Protocol № 7 of the Convention need not be examined separately⁶⁹. As for Article 14 (principle of non-discrimination), the Court has repeatedly maintained that the distinction must be based on an objective and reasonable justification. Nevertheless, applicants have to prove that there has been discrimination, for example on grounds of sex⁷⁰.

The rights of legal persons under Protocol № 7 to the Convention

In accordance with Article 7 of Protocol № 7 the provisions of Article 1 to 6 of this Protocol shall be regarded as additional Articles to the Convention. Right to individual petition pursuant to Article 34 of the Convention is applicable to physical and legal persons. However, in the view of the nature of the latter, it may not enjoy all the rights set forth in the Convention. The title of Article 1 of Protocol № 7 to the Convention “Procedural safeguards relating to expulsion of aliens” for instance shows that this provision cannot be violated in respect of business entities. It is equally clear that legal persons are not able to conclude marriage. Nevertheless, it remains ambiguous whether the criminal proceedings can be instituted against legal entities.

For many years, the theory of criminal law denied the possibility of corporate criminal liability. In some countries, such as Russia, Germany and Turkey, this tradition is still alive. Nonetheless, criminal liability of legal persons is currently implemented in forty one of forty seven Council of Europe member states⁷¹. The national law of the United Kingdom and the

⁶⁹ *Kaplan v. Austria*, no. 45983/99, § 37, 18 January 2007 and *Reslová v. the Czech Republic*, no. 7550/04, § 68, 18 July 2006.

⁷⁰ *Maršálek v. the Czech Republic*, no. 8153/04, § 75, 4 April 2006.

⁷¹ TYMOFEYEVA A. Some guarantees regarding criminal proceedings applicable to non-governmental organizations: Protocol no. 7 to the European convention on human rights/// Czech Yearbook of Public and
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

Netherlands envisaged corporate criminal liability in the first half of the 20th century, but for the majority of the states this legal norm was adopted around the turn of the millenium. Ukraine accepted such a liability of legal persons only in 2013 by Law No. 314-VII⁷², which will come into force on 1 September 2014. Russia follows the Ukraine in this agenda, and the Russian authorities already prepared a draft law on the subject similar to the Ukrainian one⁷³.

Taking into account all the above-mentioned, it is possible to conclude that legal persons may enjoy the following guarantees under Protocol № 7: the right to appeal in criminal matters (Article 2), the right to compensation for wrongful conviction (Article 3), and the right to not be tried or punished twice (Article 4).

For the first time in the history of the Court, it held that there had been a violation of the right of legal person under Protocol № 7 in the case of *Grande Stevens and Others v. Italy*⁷⁴ on 4 March 2014. The applicants in the present case were two Italian companies, Exor s.p.a. and Giovanni Agnelli & C. s.a.s., their chairman (Gianluigi Gabetti), the authorised representative of Giovanni Agnelli (Virgilio Marrone), and a lawyer the Agnelli group (Franzo Grande Stevens) called together “the applicants”. The Court unanimously ruled that there had been a violation of Article 4 of Protocol № 7 in respect of them. In addition, it required that the respondent state is to ensure that the new criminal proceedings brought against the applicants, in violation of

Private International Law (Ceská ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého, Vol. 4. — Praha: Česká společnost pro mezinárodní právo), 2013, p. 160-161.

⁷² Law of Ukraine No. 314-VII of 23 May 2013 On changes to some legal acts of Ukraine. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/314-18>

⁷³ Александр Бастрыкин: Конфискация как мера наказания является самой действенной для предупреждения коррупции // Rossijskaja gazeta, 21 January 2014. URL: <http://www.rg.ru/2014/01/21/bastrykin.html>

⁷⁴ *Grande Stevens and Others v. Italy*, nos. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 March 2014.

Article 4 of Protocol № 7, were closed as rapidly as possible. The case concerned the issue of the administrative penalty imposed on them by the Stock Exchange Commission and the criminal proceedings to which they are currently subject after having been accused of market manipulation in the context of a financial operation involving the car manufacturer FIAT. Since the possible administrative fine amounted to 5 million Euros together with the confiscation of goods, the Court came to conclusion that this sanction is rather “criminal”⁷⁵. Following the test of *Zolotukhin*, the Court held that this Article does not allow prosecuting twice for the same offence.

Although this was the first case where the Court confirmed the applicability of this provision to legal persons, such a hypothesis already existed in the works of legal theorists⁷⁶. The issue under Article 2 of Protocol № 7 was previously raised by the applicants in the case of *Siglfirðingur ehf v. Iceland*⁷⁷. The applicant company complained of a violation of its right to have its conviction or sentence reviewed by a higher tribunal, as it has not been able to obtain a review by a superior court of the fine imposed. The Court was not able to rule on the subject, because the parties reached a friendly settlement agreement and the case was struck from the Court’s list. A few other companies relied on this Article in their submissions, but the Court declared their applications inadmissible on different reasons, such as no appearance of a breach⁷⁸, or because the legal person did not take part in the proceedings in question⁷⁹.

⁷⁵ *Ibid.*, § 99.

⁷⁶ OLIVER P., BOMBOIS T. « Ne bis in idem » en droit européen : un principe à plusieurs variantes // *Journal de droit européen*, 20e année, n° 193 (nov. 2012), p. 268.

⁷⁷ *Siglfirðingur ehf v. Iceland* (friendly settlement), No. 34142/96, 30 May 2000.

⁷⁸ *OOO Torgovyi Dom “Politeks” v. Russia* of 3 July 2003, Application no. 72145/01 and *Fortum Oil and Gas Oy v. Finland* (dec.) of 12 November 2002, Application No. 32559/96.

⁷⁹ *Falgest s.r.l. and Others v. Italy* of 30 April 2013, Application No. 19029/11.

As regards violation of Article 3 of Protocol № 7 in respect of legal persons, no judgment has held a breach of this provision yet. In the case of *Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. the Netherlands*⁸⁰, the Court could have possibly reached such conclusion. However, Netherlands had not ratified Protocol № 7; therefore, the application was declared incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

The most frequently invoked article of Protocol № 7 is Article 4, but, as it was said, the first judgment declaring a violation of this provision in respect of a business entity was taken in March 2014. Other applications where the companies relied on this Article were dismissed by the Court. Among the main reasons for dismissal are the non-exhaustion of domestic remedies⁸¹, no appearance of a violation⁸², that the legal person was not a party to the proceedings⁸³, or the fact that the two offences were entirely separate with different essential elements⁸⁴.

Conclusions: results after 30 years

The analysis of the substantial provisions of Protocol № 7 to the Convention shows that notwithstanding the fact that they are less known, the rights envisaged by them are invoked by applicants in a quite considerable number of applications. As a result, the practice of the Court on the subject has become relatively extensive. Moreover, in line with the principle *iura novit curia*, the Court decided to pronounce a violation of Article 1 of Protocol № 7 even when the applicants did not rely on this provision. For 30 years of

⁸⁰ *Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. the Netherlands*, No. 46300/99, ECHR 2004-X (extracts)

⁸¹ *K.S. and K.S. AG v. Switzerland* (dec.), No. 19117/91, 12 January 1994.

⁸² *Saarekallas OÜ and Others v. Estonia* (dec.), No. 11548/04, 15 May 2006.

⁸³ *Mihai Gângă et Le Syndicat Indépendant Des Juristes De Roumanie v. Romania*, No. 28906/09, 10 April 2012.

⁸⁴ *Synnelius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden* (dec.), No. 44298/02, 17 June 2008.

existence of the Protocol the Court had a possibility to rule on each material article of it.

Protocol No. 7 contains five main guarantees, which are 1) the right of aliens to procedural guarantees in the event of expulsion from the territory of a State (Article 1); 2) the right of a person convicted of a criminal offence to have the conviction or sentence reviewed by a higher tribunal (Article 2); 3) the right to compensation in the event of a miscarriage of justice (Article 3); 4) the right not to be tried or punished in criminal proceedings for an offence which has already led to an acquittal or conviction (*ne bis in idem*) in Article 4 and 5) equality of rights and responsibilities as between spouses (Article 5). These guarantees, however, do not apply to natural and legal persons to the same extent.

In view of the status of business entities, they do not enjoy the rights set forth in Articles 1 and 5 of Protocol № 7. Moreover, the case-law of the Court in relation to legal persons is not extensive. The first judgment where the Court found a violation of the provisions of Protocol № 7 in respect of legal entity, was issued only in March 2014. This was the case of *Grande Stevens and Others v. Italy*⁸⁵, where the Court recognized a breach of Article 4 of Protocol № 7 to the Convention. Such a situation can be explained by the fact that the institute of criminal liability of legal persons has come into being rather recently. Many contracting parties adopted corresponding legislation only after 2000. Therefore, not many applicants-legal persons had a chance to lodge their complains with the Court. In addition, not all the Council of Europe member states ratified this Protocol. The states with the longest tradition of the corporate criminal liability are not the parties to the Protocol.

⁸⁵ *Grande Stevens and Others v. Italy*, nos. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 March 2014.

Furthermore, the legislation of not all the countries envisages a possibility of corporate criminal liability. Russia, as the biggest country of the Council of Europe, did not do so yet.

THE DISCRETION, THE OBLIGATION AND EXCEPTIONS UNDER THE PRELIMINARY RULING PROCEDURE

Edita Turičnik*

Abstract. The CJEU is the only body on the entire territory of the European integration with exclusive competence to provide an autonomous interpretation of the EU law or to decide on its eventual invalidity. The fundamental mechanism by which the CJEU performs its responsible task is laid down in Article 267 TFEU where the preliminary ruling procedure is settled. On the basis of mentioned Article national courts may and sometimes must refer a question to the CJEU and ask for clarification of the meaning or review of the validity of an act of EU law, which is of relevance to the case upon which national courts need to adjudicate. This paper examines mentioned mechanism, which is based on co-operation between the CJEU and national courts giving each of the two types of courts their own tasks and responsibilities. It furthermore deals with an aspect, when national courts have the discretion and when they are under the obligation to refer questions to the CJEU and which are the exceptions to this obligation. Possible legal consequences, that may follow if national courts do not fulfil their obligations under Article 267 TFEU, are discussed briefly as well.

Keywords: preliminary ruling procedure, Article 267 TFEU, the Court of Justice, national courts, co-operation, the right to refer a question, the

* Doctoral candidate at the Faculty of Law, University of Maribor; edita.turicnik@gmail.com
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

duty to refer a question, exceptions, legal consequences, the right to lawful judge, state liability, infringement procedure, breach of the ECHR.

INTRODUCTION

An essential feature of European Union (hereinafter: EU and also Union) legal system is its decentralized character in the sense that it comprises the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU)¹ at the EU level and national courts of all EU Member States in their role as ordinary law courts of the EU at the national levels. This feature follows from the second sentence of Article 19(1) of the Treaty on European Union (hereinafter: TEU)² according to which “*Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law*”. The mentioned provision can be seen as an expression of the subsidiary principle³ in the judicial structure of the EU. It follows that in this system legal protection of individuals’ rights is first of all a matter for all national courts⁴. Consequently they are obliged to give full effect to the EU law and even more they are expected to know and master the entire EU law *ex officio*.

Since it can easily happen, that national courts (when applying EU law) are not sure about the right interpretation or have doubts about validity of certain EU law provision, they should under such circumstances request the CJEU to give a preliminary ruling, taking into account that the latter has an

¹ The institution consists of three judicial bodies: the Court of Justice (Arts. 251 to 253 TFEU), the General Court (Art. 254 TFEU) and specialized courts (Art. 257 TFEU).

² OJ C 326 of 26. 10. 2012.

³ The principle of subsidiarity is defined in Article 5(3) of the TEU. Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.

⁴ See also: Rene Barents; The Court of Justice after the Treaty of Lisbon; *Common Market Law Review* 47 (2010); pp. 709-728; page 715.

exclusive monopoly of interpretation on the matters of Union law. Such jurisdiction of CJEU follows already from Article 19 of the TEU, according to which the function of the CJEU is to “ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed” and more explicitly from Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU)⁵, where a reference-based preliminary ruling procedure is provided.

Mentioned procedure is the principal procedural link between the Member States’ courts and the CJEU within the EU legal system, under which the national court makes a decision to request an explanation from the CJEU on questions of EU law arisen in the national proceeding. In that case only specific point of EU law is referred to the CJEU which, in turn, rules on that point and remits the issue back to the national court, from where the reference was made, for a final decision. By clarifying such questionable legal matters the CJEU may ensure uniform application of the EU law throughout the Member States and offer useful guidance to the referring courts in particular cases on correct interpretation of EU law. The right and in some cases the duty of national courts to refer questions for a preliminary ruling follows directly from the TFEU and is independent of the existence of any national procedural rule. National legal rules can supplement but cannot restrict these rules of the TFEU⁶. It thus follows that the national court can initiate a reference for a preliminary ruling even if its own domestic law does not regulate this possibility or its procedural framework⁷.

⁵ OJ C 326 of 26. 10. 2012.

⁶ See e.g.: Case 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA (II) [1978] ECR 0629, paras. 20-22.; Case C-348/89 Mecanarte — Metalurgica da Lagoa Lda v Chefe do Serviço da Conferencia Final da Alfândega do Porto [1991] ECR I-3277, para. 45.

⁷ See also: László Blutman; The Cartesio judgment: Empowering lower courts by the European Court of Justice; *Pravo i Politika* (ISSN 1820-7529); Vol. III., 2010/2.; pp. 95-106; page 96.

The significance of the mentioned procedure cannot be overestimated, since almost all the major principles established by the CJEU (such as direct effect⁸ and supremacy⁹ of EU law) were decided in the context of a reference to that court for a preliminary ruling under Article 267 TFEU. The procedure accounts for over 50 % of all cases heard by the CJEU and it plays a central part in the development and enforcement of EU law¹⁰. Even the CJEU itself in its report¹¹ to the 1996 IGC was firmly of the view that *“the preliminary ruling system is the veritable cornerstone /.../ since it plays a fundamental role in ensuring that the law established by the Treaties retains its Union character with a view to guaranteeing that the EU law has the same effect in all circumstances in all of the Member States of the EU while at the same time ensuring that individuals are effectively protected by the courts”*. Thus, the principal purpose of Article 267 TFEU is to establish a generally applicable interpretation that goes beyond the confines of a single case; furthermore, ensure that EU law preserves its unity and is interpreted and applied in a uniform manner in all

⁸ The direct effect is one of the fundamental principles of EU law according to which provisions of Union law may, if appropriately framed, confer rights on individuals which the courts of Member States of the EU are bound to recognise and enforce. Not explicitly stated in any of the EU Treaties, the principle of direct effect was first established in relation to provisions of those treaties by the CJEU through preliminary ruling procedure in *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, (Case 26/62; [1963] ECR 1). Mentioned principle means that EU law does not have to be transposed into national legislation in order to be immediately applicable. The direct effect must be compliant with several criteria in order to be enforced, though; in short these are: precision and clarity, un-conditionality and not requiring further measures to be implemented.

⁹ The supremacy (sometimes referred to as primacy) of EU law is a principle by which the national laws of EU Member States that conflict with laws of the European Union must be ignored by national courts so that the EU law can take the full effect. The legal doctrine emerged from the CJEU through a number of decisions and was firstly proclaimed in the case of *Da Costa v. ENEL* (Case 6/64 [1964] ECR 585). The CJEU furthermore in the case *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70 [1970] ECR 1125) stressed that EU law takes precedence over all forms of national law, including national constitutional law.

¹⁰ See also: Steiner J., Woods L., Twigg-Flesner C.; *EU Law*; 9th edition; OUP Oxford 2006; page 193.

¹¹ Report of the Court of Justice on certain aspects of the application of the Treaty on European Union; Luxembourg; May 1995, page 6 and Opinion of AG Tizzano in case C- 99/00 *Lyckekog* [2002] ECR I-4839, para. 69.

Member States; and also prevent a body of national case law not in accord with the rules of EU law from coming into existence in any Member State¹².

However and irrespective of the foregoing the practice has shown that national courts are often reluctant to send questions for preliminary ruling to the CJEU. This can be deduced from statistics and comparison of a total number of references from various Member States. Lately the debates were focused especially on the fact, that low number of references is a feature particularly of the new Member States¹³. One can hardly conclude whether this means, that in some new Member States EU law is not applied at all, or whether the national courts in new Member States master EU law in such a way, that no assistance of the CJEU is required. But when the latter is not the case, national courts of specific Member State that are under obligation to start a reference procedure should be aware, that not referring a question for a preliminary ruling constitutes a breach of EU law, which may result in different unfavourable consequences for that Member State. That would not be the case only when the specific circumstances would be given, that are by the CJEU itself determined as the only justifiable exceptions for not referring

¹² See e.g.: Case 107/76 Hoffmann-La Roche [1977] ECR 957, para. 5; Joined Cases C-35 & 36/82 Morson and Jhanjan [1982] ECR 3723, para. 8.

¹³ E.g.: From Republic Slovenia (since the entrance into EU integration on the 1. May 2004 and until now) there were only four questions referred for a preliminary ruling. The first one in case Detiček (C-403/09) was send only in 2009, the second one also in 2009 in case C-536/09 Omejc, the third one in the case C-603/10 Pelati in 2010 and the fourth one in 2011 in case C-541/11 Grilc. Only four questions are placing Slovenia among the least active Member States together with Cyprus and Malta, as regards participation in European judicial dialogue. At this point it is also necessary to emphasize another aspect, i.e. the right of all Member States to intervene in a preliminary ruling procedure and thus importantly influence on the development of EU law. Until now Slovenia in almost ten years of membership in the EU intervened in approximately 27 preliminary ruling proceedings. Although this figure at first glance may seem encouraging, it should be noted however, that each year there are approximately 400 proposals for a preliminary ruling procedure all together. Therefore it would be desirable to hear the voice of Slovenia on several occasions. This would not only increase the visibility of Slovenia in the European institutions, but would also be an opportunity for its influence on the development of EU law, which is not created only in the EU's legislative bodies, but with the case law of the CJEU as well. More interventions in preliminary ruling procedures would therefore be in the interest of Slovenia itself, especially in matters that may have significant impact on the Slovenian legal order. The same applies to all the other Member States.

a question. Those mentioned exceptions for not referring a question, however, are not as easy to use and as clear as one could expect. In fact it is rather difficult to fulfil all the conditions in practice as is explained later on in this paper.

2. REFERRING A QUESTION—THE RIGHT AND THE DUTY

In principle the question whether to make a reference falls within the exclusive jurisdiction of the national court. That court enjoys absolute discretion and may make a reference on its own motion, regardless from any interference from the litigants¹⁴ or constraints imposed by national law¹⁵. In deciding whether to make a reference the national court must consider, that a decision of the CJEU on the question of EU law arising in the proceedings before it “*is necessary to give judgement*”. This in general means, that the result of the case must depend upon the decision of the CJEU, but it is accepted that necessity exists even when the decision is only potentially conclusive¹⁶. A reference is not necessary if the answer to the question, regardless of what it may be, can in no way affect the outcome of the case¹⁷. The decision at what stage in the proceeding a question should be referred to the CJEU for a preliminary ruling is dictated by considerations of procedural

¹⁴ In Case 126/80 *Salonia v. Poidomani and Giglio* [1981] ECR 1563, para. 7, it was held that a national court must be free to make a reference on its own motion even contrary to the wishes of the parties. Also, the national court alone has power to determine the questions to be referred, the parties to the main action being unable to change their content or scope.

¹⁵ The CJEU has emphasized that the discretion of the national court to make a reference cannot be compromised by rules of national law, for example a rule that the referring court is bound by the decisions of a superior court. See e.g.: Case 166/73 *Rheinmuhlen v. Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide* [1974] ECR 33, paras. 3–4; Case 146/73 *Rheinmuhlen- Dusseldorf v. Einfuhr und Vorratsstelle Getreide* [1974] ECR 139.

¹⁶ See also: Tridimas T.; *Knocking on Heaven’s Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*; *Common Market Law Review* 40 (2003); pp. 9 – 50.

¹⁷ Case 283/81 *CILFIT v Ministry of Health* [1982] ECR 3415.

economy and efficiency to be weighed only by the national court and not by the CJEU¹⁸.

2.1. Discretionary and mandatory references

Article 267 TFEU provides that the CJEU shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning the interpretation of the Treaties or the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies offices or agencies of the Union; where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State¹⁹ and if that court or tribunal considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment. However, where any such question is raised in a case pending before a court of tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the CJEU.

It follows, that there is a clear distinction between appealable and non-appealable decisions. As regards appealable decisions, courts or tribunals have an unfettered discretion in deciding to seek a preliminary ruling. To emphasise this point: it is for the lower national courts to decide whether or not to make a reference; to decide the legal issue(s) for reference; and to decide at what stage in the proceeding to make the reference. That an appeal is pending before an appellate court is no bar for making a reference; neither is a national court precluded from making a reference when the CJEU has already ruled on a similar question from another court²⁰. Such courts will

¹⁸ Case 14/86 Pretore di Salo v Persons Unknown [1987] ECR 2545.

¹⁹ Whether a particular body qualifies as a court or tribunal having the authority to request a preliminary ruling is a matter of Union law. The CJEU in order to determine whether a body making a reference is a court or tribunal for the purposes of Article 267 TFEU, for the first time in the Case 61/65 Vaassen [1966] ECR 261; and later on in Case C-54/96 Dorsch Consult [1997] ECR I-0496, laid down five criteria via which a court or tribunal might be identified. Those criteria are: statutory origin; permanence; inter partes procedure; compulsory jurisdiction; and the application of rules of law.

²⁰ Cases 28-30/62 Da Costa en Schaake NV [1963] ECR 31.

only have the obligation to refer, if they contemplate declaring an EU act invalid²¹. In this situation, the obligation to refer cannot be mitigated not even by the *acte clair* or *acte éclairé* principles explained further on in this paper, since a national court cannot declare an EU act invalid, even if similar provisions in another comparable legal act have already been declared invalid by the CJEU.

In contrast to just explained, where a question of EU law “*is raised in a case pending before a national court or tribunal*” whose decision is non-appealable, that national court or tribunal “*shall bring the matter*” before the CJEU. According to its wording, Article 267(3) TFEU imposes on all Member State courts of last instance an unconditional obligation to refer a question for preliminary ruling, when that court is not sure about the right interpretation or validity of certain EU law provision²². This seemingly indicates that there is *no discretion* when there is no further possible judicial remedy under national law; however, a court of last instance can refrain from making a reference, if, on the basis of national law, it arrives at a result that makes otherwise relevant EU law provision obsolete for the resolution of the dispute. This situation may arise where national procedural rules are stating, that the matter that gives rise to a problem in EU law cannot be judged, for example, where a claim under EU law is being brought after the expiry of the period of limitation laid down in national procedural law²³.

In most Member States, the direct competence of a national judge to request a preliminary ruling from the CJEU has its reflection in the national procedural law. But even in the absence of any such explicit provision in

²¹ See e.g.: Case 314/85 Foto-Frost [1987] ECR 4199; Case C-344/04 IATA [2006] ECR I-403; Case C-119/05 Lucchini [2007] ECR I-6199; and Case C-461/03 Gaston Schul [2005] ECR I-10513.

²² See also: Niels Fenger, Morten P Broberg; Finding Light in the Darkness: On the Actual Application of the *acte clair* Doctrine; Yearbook of European Law (2011); Volume 30, Issue 1; pp. 180–212; page 181.

²³ *Ibidem*, page 183.

national law, the national court would still be entitled to make a preliminary reference under direct application of Article 267 TFEU, since the right and in some cases the duty of national courts to refer questions for a preliminary ruling follows directly from the TFEU. Therefore the national court can always initiate a reference for a preliminary ruling, since the absence of domestic legal regulation does not impede preliminary references²⁴.

2.2. Control of admissibility

Since it is for the national court to determine the need for a preliminary reference and the questions to be referred²⁵, there is a presumption of relevance attached to the questions, which may be rebutted only in exceptional cases. In principle, the CJEU is therefore bound to give a ruling, unless it cannot provide an adequate answer due to the questions submitted by the national courts²⁶. It follows that the CJEU may decline jurisdiction in the following cases:

1 where the referring court has failed to define adequately the legal and factual background to the dispute²⁷;

2 where the question referred is general or of a hypothetical nature²⁸;

²⁴ See also: László Blutman; *op. cit. supra*, page 96.

²⁵ See e.g.: Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-4921, para. 59; Case C-379/98 *PreussenElektra* [2001] ECR I-2099, para. 38; Case C-318/00 *Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins* [2003] ECR I-905, para. 40.

²⁶ See also: Xavier Groussot; *Spirit Are You There? Reinforced Judicial Dialogue and the Preliminary Ruling Procedure*; (October 6, 2008); Eric Stein Working Paper No. 4/2008; page 14.

²⁷ See e.g.: *Joined Cases 320-322/90 Telemarsicabruzzo SpA v Circostel* [1993] ECR I-393, *Joined Cases C-128 & 137/97 Testa and Modesti* [1998] ECR I-2181; Case C-9/98 *Agostini* [1998] ECR I-4261; Case C-116/96 *REV Reisebüro Binder GmbH* [1998] ECR I-1889; *Joined Cases C-28 & 29/98 Charreire and Hirtsmann v. Directeur des Services Fiscaux de la Mossele* [1999] ECR I-1963; Case C-325/98 *Anssens v. Directeur des Services Fiscaux du Nord* [1999] ECR I-2969; Case C-422/98 *Colonia Versicherung and Others v. Belgian State* [1999] ECR I-1279; Case C-116/00 *Laguillaumie* [2000] ECR I-4979.

²⁸ See e.g.: Case C-83/91 *Meilicke* [1992] ECR I-4871; *Joined cases C-320 — C-322/90 Telemarsicabruzzo* [1993] ECR I-00393; Case C-157/92 *Banchero* [1993] ECR I-01085.

3 where the issues of EU law on which the referring court seeks guidance bear no relation to the actual nature of the case or the subject-matter of the main action²⁹; or

4 where the question does not fall within the scope of EU law³⁰.

In fact the case law does not distinguish clearly between the second and the third category mentioned above, but it is nevertheless evident, that the hypothetical nature of the questions referred includes the cases where the proceedings are contrived³¹. By contrast, the CJEU firmly follows its stance that it will not examine whether the referring court lacks jurisdiction according to the procedural rules of national law. Nor will it investigate whether the factual findings of the referring court are correct³². To say it differently, the duty assigned to the CJEU by Article 267 TFEU is not that of delivering advisory opinions on general or hypothetical questions, but solely of assisting in the administration of justice in the Member States.

3. EXCEPTIONS—WHEN THERE IS NO DUTY TO REFER

Although Article 267(3) of the TFEU clearly specifies that national courts acting as a final resort are obliged to exercise the reference for a preliminary ruling, the CJEU is not so strict in interpretation of mentioned

²⁹ See e.g.: Case C-343/90 Lourenco Dias [1992] ECR I-4673; 104/79 Foglia v Novello [1980] ECR 745; 244/80 Foglia v Novello [1981] ECR 3045; C153/00 Paul der Weduwe [2002] ECR I-11319; C318/00 BacardiMartini SAS v Newcastle United Football Company Ltd [2003] ECR-00905.

³⁰ See e.g.: Case C-328/04 Attila Vajnai [2005] ECR I-8577; C-212/06 Government of the French Community and Walloon Government [2008] ECR I-01683, para. 33; and Case C-127/08 Metok [2008] ECR I-06241, para.77. In Metok the CJEU stated that it is settled case-law that the Treaty rules governing freedom of movement for persons and the measures adopted to implement them, cannot be applied to activities which have no factor linking them with any of the situations governed by EU law and which are confined in all relevant respects within a single Member State.

³¹ See e.g.: Case 244/80 Foglia v. Novello [1981] ECR 3045, para 18; Case C 343/90 Lourenco Dias [1992] ECR I-04673, para 17.

³² See e.g.: Case C-435/97 World Wildlife Fund v. Autonome Provinz Bozen [1999] ECR I-5613, para. 32; Case C-379/98 PreussenElektra [2001] ECR I-2099, para 40.

provision. In the well-known CILFIT judgment³³ and many cases that followed, the CJEU emphasized, that a court or tribunal, against whose decisions there is no judicial remedy under national law, is required, where a question of EU law is raised before it, to comply with its obligation to bring the matter before the CJEU, unless it has established that the question raised is (i) irrelevant or (ii) that the provision of EU law in question has already been interpreted by the CJEU (*acte éclairé*) or (iii) that the correct application of EU law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt (*acte clair*)³⁴.

3.1. Question raised is irrelevant to final judgment

The national court of last instance is deprived of the obligation to refer a question for a preliminary ruling, if that question is not relevant, that is to say, if the answer to that question can in no way affect the outcome of the main proceeding³⁵. Thus the national court is vested discretion in decision whether or not to make a preliminary reference.

Such an exception established by the CJEU in the CILFIT case is not a great surprise, considering the fact, that also Article 267 TFEU itself imposes the obligation to submit a question for a preliminary ruling only, if national court considers that a decision on that question is necessary to enable it to give judgment. Therefore according to the wording of the mentioned Article, there is no obligation to refer a question, when the guidance of the CJEU is not indispensable for the national judge to reach his final decision in the main proceeding.

³³ Case 283/81 CILFIT v Ministry of Health [1982] ECR 3415.

³⁴ Ibidem, paras. 10, 13, 14, 16, 21.

³⁵ Ibidem, para 12.

The most positive outcome of this exception is that it protects the CJEU from overwhelming flood of unnecessary cases and it furthermore inhibits unreasonable lengthening of the proceeding before the national court. In this respect one should not forget that in the absence of this exception there could be a danger, that in practice the parties would otherwise try to intentionally abuse a preliminary ruling as an instrument how to defer the final decision of the national court, even if the national court in this regard is not obliged to take into account all the proposals made by the parties of the case, but should instead always start reference procedure on its own motion³⁶.

3.2. Question has already been interpreted by the CJEU (acte éclairé doctrine)

The second valid justification for not submitting a preliminary question to the CJEU is represented by a doctrine known in the francophone legal world as *acte éclairé*—that is “explained”. The CJEU stated already in 1962 in *Da Costa case*³⁷ that “*an interpretation under Article 177 (now 267 TFEU) already given by the CJEU may deprive the obligation of its purpose and thus empty it of its substance*”. In the literature and the CJEU jargon this is often referred to as “*settled case law*”. Mentioned situation exists, where previous decisions of the CJEU have already dealt with the point of law in question, irrespective of the nature of the proceedings which led to those decisions and even if there is not complete congruity between the previous question and the question at issue, provided that the legal situation can nevertheless be

³⁶ See also: Marketa Navratilova; *The Preliminary Ruling before The Constitutional Courts; Ústavní soud, Česká republika*; available at: <www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/navratilova.pdf>; page 2.

³⁷ *Joined Cases 28/62-30/62 Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v. Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 31.

held to have been unambiguously clarified through the ruling of the CJEU in the earlier case³⁸. To say it differently the question raised is materially identical with a question which has already been subject of a preliminary ruling procedure in a similar case, even though the question at issue is only similar and not strictly identical.

The *acte éclairé* doctrine in practice means, that the decision of the national court is based on the effect of precedent under specific circumstances and not on the national court's own original interpretation of the EU law. Because this exception to the obligation of the national courts to submit a request for a preliminary ruling to the CJEU is based on precedent, the national court is always at liberty to nevertheless make such a request, even when there has been settled case law, especially when it is of the opinion that the conditions of the case sub-judice are slightly different from earlier precedents and also when it would like to receive some additional guidance, or even when it may want the CJEU to change its earlier case law. When national court on the other hand takes its final decision within the framework of the earlier settled case law, there is of course no reason to submit a request for a preliminary ruling. In this situation there is always a risk, however, that the national court does not make the correct decision and may err in its interpretation of settled case law³⁹.

3.3. Correct application of EU law is obvious (*acte clair doctrine*)

The third exception for not submitting a request for a preliminary ruling is the *acte clair doctrine*, which is applicable, if the correct application

³⁸ Case 283/81 CILFIT, para 13, 14.

³⁹ See also: Dr. Frans Vaistendael; Consequences of the Acte Clair doctrine for the National courts and temporal effects of an ECJ decision; K.U.Leuven; I.B.F.D. Amsterdam; available at: <www.ideff.pt/xms/files/Iniciativas/Conf_17_18Set_2007/-vd4-FRANSVANISTENDAELPANEL4.pdf>; page 3. *Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.*

of the EU law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved⁴⁰. For an *acte clair* to exist, the conditions are very strict, since a subjective conviction of a national court of last instance is not sufficient. I.e. a national court must be convinced that the matter is equally obvious to all the other courts, not only in the same Member State but in all Member States of the EU and to the CJEU as well. Therefore, when interpreting EU law, a national court against whose decision there is no appeal, must take into consideration the specific characteristics of the EU law. It means to compare different language versions of EU legal acts, since EU legislation is drafted in several official languages and all the different language versions are equally authentic. Moreover national court must be aware of possible divergences in the meaning of legal concepts and used terminology in EU law and in the law of the various Member States and furthermore consider the context and the objectives of EU law itself⁴¹. To say it differently, the existence of *acte clair* must be assessed with taking into account the peculiar features of EU law, the particular difficulties to which its interpretation gives rise and the risk of divergences in judicial decisions within the Union. Furthermore every provision of EU law must be placed in its context and interpreted in the light of provisions of EU law as a whole, regard being had to the objectives thereof and to its state of evolution at the date on which the provision in question is to be applied⁴².

The important aspect of the *acte clair* doctrine is, that it is not based on precedent by the CJEU, i.e. the national court may decide a question which in

⁴⁰ Case 283/81 CILFIT, para. 16.

⁴¹ See also: Marketa Navratilova; *op. cit. supra*, page 2.

⁴² See also: Tridimas T.; *op. cit. supra*, page 43.

the past has never been raised before the CJEU. It is rather based on the inexorable logic of the EU law and the conviction of the national court, that the CJEU and other national courts could not under any circumstance come to a different interpretation and application of EU law in question. Precisely because the national court is absolutely convinced about the correctness of its judgment under Union law, there is no need to submit the questions to the CJEU. If national court would have any doubts on the application of EU law, it would need the guidance of the CJEU and would be obliged to submit the case to the latter⁴³. It should be noted, however, that even were a national court of last instance considers an EU law provision as *clair*, it is not prevented from making a preliminary ruling⁴⁴. Further, the fact that another national court has made a preliminary ruling regarding the interpretation of the same provision of EU law, does not in itself exclude the existence of *acte clair* for another national court that is faced with the same legal question.

3.4. Open questions of Acte claire doctrine

As pointed out above, the CJEU accepted that in principle a national court of last instance may refrain from making a reference for a preliminary ruling where the legal position is unambiguous, whilst it simultaneously laid down a number of conditions that are unusually difficult to satisfy in practice. Only if those conditions are satisfied, may the national court or tribunal take upon itself the responsibility for resolving the issues. In other words, the national court must, first, consider the meaning of EU law provision to be unambiguous from its own perspective, and secondly, make a finding as to whether the interpretation of a provision is beyond any

⁴³ See also: Dr. Frans Vaistendael; *op. cit. supra*, page 3.

⁴⁴ See Joined Cases C-428/06-434/06 UGT-Rioja [2008] ECR-I-6747, para. 43.

reasonable doubt, both in its own eyes and in those of the courts of all the other Member States and the CJEU⁴⁵. It follows that even though at first glance the interpretation of some EU legal act may appear obvious, it may nevertheless prove to be much less so on closer scrutiny, especially when taking into consideration meticulous guidelines (the CILFIT criteria) given by the CJEU.

Already the condition, that the matter is equally clear to all the other courts raises some open questions, since it will be rather difficult for the court of last instance to consider the provision as “*acte clair*”, especially if the judges at lower stages supported a diverging interpretation. Besides if the final decision must be reached in a Chamber of more judges and already among the judges, who are to decide the actual case, there is disagreement about the correct abstract interpretation of the relevant EU law provision, then it seems rather difficult to maintain convincingly that all the other national courts in the EU will agree with the majority of judges in a Chamber and that no one will reach the same interpretation as the dissenting member of the national court.

However, the bar is set even higher when the national court must also be convinced not only that other national courts will arrive to the same interpretation of EU law provision, but also that they will consider the outcome to be “*obvious*”. As Advocate General Stix-Hackl argued, ultimately the national court can only rely on its own judgment. In contrast, it cannot realistically engage in imagining the workings of the minds of other judges whom it has never met and actually convince itself about the minds of these

⁴⁵ See also: Niels Fenger, Morten P Broberg; op. cit. supra, page 187.
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

other persons⁴⁶. Not to mention the fact, that the very existence of some diverged decisions by other national courts, where their interpretation of a given EU rule conflicts with the interpretation that the national court at stage considers to be correct, will in most instances in itself deprive the very court from concluding, that no other court would come to a conclusion which differs from the one favoured by the court, that is dealing with the same provision in the main proceeding⁴⁷.

It is apparent that the conditions for application of *acte clair* rule are unrealizable for a national judge, since the CJEU forces a national court to use the same methodology as is used by the CJEU itself and also by all the other national courts. On the one hand, it is comprehensible since the standard of the EU law interpretation must be uniform. On the other hand, a national judge usually does not speak fluently several official languages of the EU, so as to be able to compare different language versions. Therefore it is unrealistic to expect from the court of last instance to be able to undertake a qualified review of the meaning of any given EU act in all official language versions, even though in many cases that involve interpretation of EU law, a comparison between different language versions would be relevant. What is more, a national judge equally does not dispose of vast administrative and translation body ready to prepare an analysis of the relevant case-law, the same as it is in the case of the CJEU. Moreover the duty to find information about the case-law of other Member States is illusory. One could conclude, that the way how a national court should proceed when fulfilling all the conditions for *acte clair* doctrine, is so burdensome that simply making a

⁴⁶ The Opinion of Advocate General Stix-Hackl in Case C-495/03 *Intermodal Transports BV* [2005] ECR I-8151, para. 94.

⁴⁷ See also: Niels Fenger, Morten P Broberg; *op. cit. supra*, page 181.

preliminary reference could often be regarded as an easier way to proceed, than trying to resolve a question of interpretation of EU law independently⁴⁸.

In addition of the complexity of the strict criteria and the burdensome process itself, through which a national court should check the fulfilment of the conditions, there are several additional issues worth mentioning. Firstly it should not be overestimated, that in the case of *acte claire* doctrine the CJEU has not ruled on the issue at question yet. This entails a risk of different national courts, including Supreme Courts, coming to mutually conflicting conclusions. Furthermore, a suspicion may occur, whether the right to refrain from making a reference was abused by national courts, that wish to exclude the CJEU when they are about to decide certain cases⁴⁹.

Secondly, the very fact that the CJEU has a tendency to develop its case-law in a dynamic fashion and that it retains the right to overrule previous case-law, makes it close to impossible to be absolutely certain about the correct interpretation of certain EU law provision, even where the situation would otherwise seems to be one of *acte éclairé*⁵⁰.

Last but not least, a special regard should be given also to the relationship between *acte claire* doctrine and temporal effect of the final judgment. The link between the mentioned two is in the fact, that when the interpretation of a question of EU law is totally clear in the sense of an *acte clair* and national provisions are maintained in violation of the EU treaty provisions, there can be no excuse for a Member State to claim limitations in the temporal effect of a national decision. Indeed *acte clair* in this situation means that the whole framework of EU law dictates a solution for which

⁴⁸ See also: Marketa Navratilova; op. cit. supra, page 3.

⁴⁹ See also: Niels Fenger, Morten P Broberg; op. cit. supra, page 186.

⁵⁰ Ibidem, page 181.

there cannot be the slightest doubt. A decision by a national judge based on *acte clair* therefore should necessarily have the effect *ex tunc* as far as the interpretation of the EU law and its application in the national legal order is concerned, taking into account that also the judgment of the CJEU under preliminary ruling procedure has the effect from the day, when a specific provision (that was subject to interpretation) entered into force and that the interpretation of the CJEU becomes a part of that interpreted provision⁵¹.

To summarise, it is apparent that in *CILFIT* the CJEU acknowledged the application of this doctrine, but simultaneously attached some very strict conditions to it, especially for circumscribing the scope of the doctrine and also to interpret the *acte clair* doctrine restrictively in order to avoid abuses. Whilst this should mean that a national court of last instance would only be able to rely on the *acte clair* doctrine in rare cases, in reality it seems that the doctrine has gained widespread application, far exceeding what is dictated by the strict criteria. I.e. the approach in subsequent case law of the national courts has been more pragmatic, taking into account, *inter alia*, considerations such as the importance of the case to the parties; the issue of delay at the national stage that can be a consequence of referring a question for a preliminary ruling; and the costs associated with the making of a reference⁵². It follows that the *acte clair* doctrine has attained considerable importance in practice, since the national courts of last instance apply a significantly more relaxed interpretation thereof, thus indicating, that they have overlooked the fact, that this actually violates EU law as such and their obligations under Article 267 TFEU more precisely.

⁵¹ See also: Dr. Frans Vaistendael; *op. cit. supra*, page 9.

⁵² See also: Morten Broberg; *Acte clair revisited: Adapting the acte clair criteria to the demands of the times* (2008); *Common Market Law Review* 4; Issue 5; pp. 1383–1397; page 1384.

4. LEGAL CONSEQUENCES FOR THE INFRINGEMENT OF THE OBLIGATION TO MAKE A REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING

It follows from the above stressed, that at the end of the day the national judge is still the final arbiter on the question whether he will submit a request or not, despite the fact that under certain circumstances he is under obligation to do so. One could say this whole system is built on trust and the bona fide exercise by the national judges of their decision making power. When national judges would refuse to submit requests which are clearly necessary to resolve questions of EU law, this would be tantamount to a *mala fide* exercise of their powers, seriously undermining the legal foundations of the EU⁵³ and violating Article 267 TFEU. It should be highlighted, however, that the TFEU does not explicitly specify any direct sanctions for a national court's failure to comply with the obligation to make a reference. Nevertheless on three different levels, i.e. national, Union and international and under specific conditions for each of them, four types of possible consequences all together may be identified in such situation. They are as follows:

1. invalidity of the national ruling or duty to reopen the case at a national level;
2. claims for damages at the national level;
3. infringement proceedings at the Union level; and
4. breach of Article 6 of the European Convention of Human Rights⁵⁴ (hereinafter: ECHR)⁵⁵.

⁵³ See also: Dr. Frans Vaistendael; op. cit. supra, page 2.

⁵⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11, with Protocol Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and 13, 2003.

⁵⁵ See also: Niels Fenger, Morten P Broberg; op. cit. supra, pages 205 – 210.

To say it differently, there are two possible remedies on the national level. First remedy is based on the principle of the “*lawful judge*” which basically means, that the arbitrary refusal of a national court of last instance to make a reference to the CJEU may, on the basis of an individual constitutional complaint, be subject to a review by the national Constitutional Court. This remedy was first fashioned by the German Federal Constitutional Court in *Solange II. Judgement*⁵⁶. According to the decision, the CJEU is a sovereign judicial body that renders final judgements independently. Since the CJEU enjoys a judicial monopoly in the decision-making regarding the interpretation and the validity of EU law in the preliminary ruling, it represents a lawful judge in this sphere. The reasoning is following: if there is an obligation of the CJEU to participate in certain proceedings and the national court concerned omits this obligation by failure to bring the case before the CJEU, a violation of the right to lawful judge is present⁵⁷. However, the lawful judge approach may work, provided that three conditions are satisfied. Firstly, there is a separate and concentrated review of constitutionality, i.e. constitutional jurisdiction. Secondly, that this jurisdiction allows for the review of last instance judicial decisions before the constitutional court in the form of constitutional complaint lodged by an individual. This means that there is an additional way of challenging final decisions of ordinary courts of last instance, if the individual believes her or his fundamental human rights have been violated. And thirdly, that the system knows the right to a lawful judge or has inferred it from more general

⁵⁶ See judgement 22. 10. 1986, case 2 BvR 197/83 *Wünsche Handelsgesellschaft*, an abbreviated version available at http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=572

⁵⁷ On the 21.st of November 2013 such an explanation was reached also by the Constitutional Court of Republic Slovenia in Decision Up-1056/11-15, where the Constitutional Court set aside the judgement of Supreme Court and returned the case to the same court for reconsideration.

rights, such as the right to fair trial, and it is ready to consider the CJEU to be, in proceedings before last instance courts, a lawful judge of its own.⁵⁸ If those three conditions are satisfied, it may follow, that the setting aside of the obligation to make a reference under Article 267(3) TFEU can in itself lead to the judgment or order in question being invalid, since the Constitutional Court may annulled such rulings of the courts acting as courts of last instance and returned the case to the same court for reconsideration.

The second remedy on the national level may consist in separate proceedings before national courts for breach of EU law, relying on the principle of state liability, as elaborated by the CJEU in the Francovich⁵⁹ and Brasserie du Pêcheur/Factortame III cases⁶⁰ and later on also in Köbler case⁶¹, where the prospect of liability in damages for failure of a national Supreme Court to comply with the EU law was established. In this respect the CJEU emphasized that the role of the judiciary is especially important in order to ensure the effectiveness of rights derived by individuals from EU law and from this follows, that individuals must have a possibility of obtaining redress in the case of damage caused by national courts. However, the CJEU added that state liability in the context of the court of last instance “*can be incurred only in the exceptional case where the court manifestly infringed the applicable law*”⁶². Later on in June 2006 the CJEU took the opportunity to specify some of the principles that were established by Köbler and in case

⁵⁸ See also: Michal Bobek [2008]; op. cit. supra, page 1629.

⁵⁹ Joint cases C-6 and 9/90 Francovich and Bonifaci v. Italy [1991] ECR I-5357. (On state liability see generally: Craig P. and De Búrca G.; EU Law: Text, Cases and Materials; Fifth edition; 2011; Oxford University Press).

⁶⁰ C-46/93 and C-48/93 Brasserie du Pêcheur SA v Germany, and R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others [1996] ECR I-1029.

⁶¹ Case C-224/01 Köbler v Austria [2003] ECR I-10239.

⁶² Ibidem, paras. 33-36.

Traghetti del Mediterraneo⁶³ highlighted also, that neither the principle of the independence of the judiciary nor that of *res judicata*, can justify general exclusion of any state liability for an infringement of EU law attributable to such a national court⁶⁴. It follows that refraining from making references cannot itself lead to a duty to pay damages under EU law, however, when it turns out that a decision of a court of last instance was taken in violation of Article 267(3) TFEU, this may nevertheless be relevant in assessing whether the Member State in question must pay damages for any loss that has been suffered due to the judgment, under the condition, that the breach of EU law was manifest and sufficiently serious. It may, however, be quite a delicate task for a lower national court to assess whether a superior court has incurred liability due to a sufficiently serious infringement of EU law. Moreover, a problem of incapacity can arise, if the matter is to be brought before the court of last instance that is held to have committed the infringement. Therefore in practice it will probably be a rare occurrence that a judgment of a national court will justify an award of compensation under EU law, thus a Member State will really only be held liable under the CJEU's Köbler ruling in exceptional cases⁶⁵.

The only conceivable remedy at the Union level is the procedure for infringement based on Article 258 TFEU brought by the European Commission (hereinafter: Commission). It can be invoked, since the Commission has the power to start the procedure against a Member State before the CJEU for infringement of EU law by the organs of that Member

⁶³ Case C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA v. Repubblica italiana* [2006] ECR I-5177.

⁶⁴ See also: Chalmers D., Davies G., Monti G.; *European Union Law, cases and materials*; second edition; 2010; Cambridge University Press, page 301-312.

⁶⁵ See also: Groussot X., Minssen T.; *Res judicata in the ECJ Case law: Balancing Legal Certainty with Legality?*; *European Constitutional Law Review* (2007); Issue 3; pp 385-417; page 393.

State⁶⁶. The highest courts of a Member State are indeed considered to be State organs, therefore infringement procedure against a Member State can be used also for breaches of EU law caused by national judicial decisions, as was stated in the CJEU's judgement in case *Commission v. Italy*⁶⁷. On the basis of mentioned procedure the Commission for the first time in 2004 issued a letter of formal notice to Sweden for breach of Article 267 TFEU⁶⁸. However, it should be emphasized that the Commission has a wide discretion to decide whether or not to initiate a proceeding⁶⁹ and how to proceed with an alleged case of infringement. This means that the Commission is under no obligation to start infringement proceedings⁷⁰ and therefore no action for European institution's failure to act (on the basis of Article 265 TFEU) against the Commission could successfully be initiated. What is more, the Commission is actually very reluctant to start such procedures, especially since it is seen as an attempt to weaken the independency of the highest national courts and thus negatively affecting the independence of the judiciary as whole⁷¹.

The possible remedy on the international level is an application to the European Court of Human Rights in Strasbourg (hereinafter: ECtHR),

⁶⁶ See: Craig P. and De Búrca G.; 2011, op. cit. supra; see also: Chalmers D., Davies G., Monti G., op. cit. supra., page 329.

⁶⁷ See: Case C-129/00 *Commission v. Italy* [2003] ECR I-14637. However, the *Commission v. Italy* case is concerned with systematic and recurring breaches of EU law by the national judiciary and not exclusively with circumventing the obligation to make a preliminary reference.

⁶⁸ In 2004 the Commission issued a letter of formal notice to Sweden for breach of Article 267 TFEU. According to the Commission, the Swedish authorities should have adopted rules to ensure that the Swedish courts of last instance made references for preliminary rulings in connection with decisions on whether a right of appeal should be granted. Next, the Commission argued that reasons should be given for the refusal of the court of last instance to grant leave to appeal, so as to make it possible to assess whether the requirements of Article 267(3) TFEU were fulfilled. (See also: Niels Fenger, Morten P Broberg; op. cit. supra, page 209).

⁶⁹ The infringement procedure can be initiated ex officio, following a proposal from a Member State or from a person reporting the infringement, be it a legal or a natural person.

⁷⁰ See Case 247/87 *Star Fruit v. Commission* [1989] ECR 291, para. 11.

⁷¹ See also: Dr. Frans Vaistendael; op. cit. supra, page 2.

claiming breach of Article 6 of the ECHR, where the principle of fair trial is stated. However, this remedy for now remains without tangible consequences in practice, considering the fact, that the ECtHR has not yet found any Member State liable for such a breach. The question has nevertheless arisen on several occasions and provoked the discussion⁷². As a consequence the ECtHR in invoked cases emphasized, that the ECHR does not as such guarantee any right to have a case referred by a domestic court to another national or international authority for a preliminary ruling, but added, however, that *“it is not completely impossible that, in certain circumstances, refusal by a domestic court trying a case at final instance might infringe the principle of fair trial, as set forth in Article 6(1) of the ECHR, in particular where such refusal appears arbitrary”*⁷³. It thus follows that it cannot be completely ruled out, that a failure to make a preliminary reference under Article 267 TFEU could infringe the fairness of proceedings and therefore constitute a breach of Article 6 of the ECHR⁷⁴. However two main obstacles may appear. Firstly in a relation to the notion, that the refusal to make a preliminary reference must be arbitrarily, since there is no clear guidance on how exactly this condition should be interpreted. Secondly, since some applications to the Strasbourg court concerning alleged violations of the duty to make a preliminary reference under 267(3) TFEU, have failed at the admissibility stage, it may be considered that the ECtHR is well aware of the sensitivity of enforcing the obligation to refer for the relationship between national courts

⁷² In his opinion in Köbler case, Advocate General Léger argued for the first time that the breach of Article 267 TFEU may give rise to liability of a state for infringement of the ECHR but did not analyse thoroughly the conditions of such liability, limiting himself solely to mentioning of several examples. See: Opinion of Advocate General Léger in Case C-224/01 Köbler, para. 147.

⁷³ See e.g.: Case Coëme and others v. Belgium ECHR 2000-VII, para. 114; available at: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59194#{\"itemid\":\[\"001-59194\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59194#{\); Canela Santiago v Spain (Application No. 60350/00) Decision of 4 October 2001; John v Germany [2007] 45 EHRR SE4 ECtHR.

⁷⁴ See also: Niels Fenger, Morten P Broberg; op. cit. supra, page 210.

and the CJEU and it will, therefore, continue to dismiss applications to review alleged breaches.

5. CONCLUSION

With the enlargement of the EU and growth of the number of national courts within the EU integration already posing great challenges for the functioning of the EU court system in general and more specifically, for the Article 267 TFEU procedure, the need to ensure legal unity and a uniform interpretation of EU law has grown and not shrank. Such situation does not provide legal certainty and makes legal unity within the Union impossible, if all national courts (being the ordinary law courts of the EU) are not aware of their role in the European judicial structure. The instruments of State liability for judicial acts (*Köbler*) or infringement proceedings for judicial acts (*Commission v. Italy*) provided at the Union level and also the possibility to ask the national Constitutional Courts for a review of cases which are already decided in the final instance or possibility to question the conduct of national court before ECtHR, are undoubtedly possible tools and remedies able to strengthen the principles of primacy and effectiveness of EU law, but they nevertheless cannot be considered as an alternative for preliminary ruling proceeding.

The latter established under Article 267 TFEU and described by D. Anderson as “*both the most fundamental and the most intriguing part of the evolving judicial architecture of Europe*”, since it ‘*uniquely, appoints the European Court in Luxembourg as meeting-place between the legal order of the Union and those of its Member States*’⁷⁵ therefore should remain a constant

⁷⁵ See also: Anderson D.; References to the European Court; Sweet and Maxwell; London 1995; page ix.

dialogue and expression of interplay between the CJEU and national judges. But for this to be able to happen, it is firstly the task of national courts, especially those, against whose decision there is no appellate procedure and which are under obligation to make a reference, whenever they have doubts about validity or the right interpretation of EU law provisions.

The CILFIT case, which marked an important stage in the evolution of the relationship between the CJEU and the national courts by introducing some exceptions when there is no obligation to start a preliminary reference, therefore should not be abused in order to facilitate the procedure before national courts and enable them to avoid their obligations under EU law, but should instead be treated with high responsibility. If the national courts of last instance would overlook this aspect and abuse the purposes established by the CJEU and especially if they would circumvent the strict conditions laid down by the CJEU for each of the possible CILFIT exceptions, that would have the effect of jeopardizing the uniform application and interpretation of EU law throughout the European integration and furthermore deprive individuals of the effective judicial protection of their rights deriving from the EU law. Instead, the national courts should recognize more and more that they are also—even in the first place—European law courts and in this regard take over responsibilities that come with that. In the context of such a Europeanized attitude towards their assignment to the effective legal protection, the EU law will become a pre-eminent point of reference for them and an instrument helping them to contribute to the progressive realization of living supranational legal order in Europe.

LEGAL BASIS FOR THE EU EXTERNAL AID FINANCING

Nataliya Yakubovska*

Abstract. The paper analyzes the body of legal rules that regulate the EU financing of external aid provided to the developing countries. It argues that these legal acts could be systematized by grouping into: EU primary legislation, international agreements and EU secondary legislation. The paper identifies the legal acts that compose each group. It is proceed in three steps: the description of the Treaty on European Union and Treaty on the Functioning of the European Union articles relevant to EU development aid activities; the analysis of international agreements, primarily the Cotonou Agreement and bilateral Financing Agreements which precede the provision of aid funded from the European Development Fund and the EU general budget; enumeration and concise description of secondary law acts governing external aid provided within the framework of EU external action instruments funded from the European Development Fund and EU general budget. It then turns to concluding remarks recounting the main features of the legal instruments for the EU financing of external aid and emphasizes that acts of political or moral nature play no less important role in EU development aid activities.

Keywords: European Union, development aid, external aid financing, European Development Fund, EU budget.

* PhD, Associate Professor at the Department of International Law and International Relations, National University "Odessa Law Academy".

International cooperation in the field of development aid/assistance¹ has lived up after the World War II and for decades remains one of the priority items on the international agenda, as is exemplified by global commitment to the Millennium Development Goals (MDGs). Development aid includes technical and financial assistance to developing countries on concessional or grant terms. Technical assistance involves technology and knowhow transfer to the recipient countries. Financial aid includes loans, credits, subsidies, grants and all kinds of capital circulation from developed countries to developing ones. There is a distinct development aid market, characterized by the existence of donors and recipients, supply and demand².

Development aid is best understood by reference to the “official development assistance” (ODA). Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Development Cooperation Directorate (DAC) defines ODA as grants or loans to developing countries and to multilateral agencies which are: (a) undertaken by the official sector; (b) with promotion of economic development and welfare as the main objective; (c) at concessional financial terms (if a loan, having a grant element of at least 25 per cent)³. It was 1970 when UN has imposed a target for developed countries to commit 0.7 per cent of their GNP to ODA in the resolution establishing the Second United Nations Development Decade⁴. This figure still constitutes the officially recognized goal for the ODA to be provided by the developed countries.

¹ The term “aid” can be used as synonymous with “assistance,” as from the legal point of view they are interchangeable.

² Military aid, private investments and financing of anti-terrorism activities are not the part of development aid market.

³ OECD, DAC Glossary of Key Terms and Concepts, available at <http://www.oecd.org/dac/stats/dac-glossary.htm#ODA> (last visited March 4, 2014).

⁴ International Development Strategy for the Second United Nations Development Decade, UN General Assembly Resolution 2626 (XXV), October 24, 1970, para. 43, available at <http://www.un-documents.net/a25r2626.htm> (last visited March 4, 2014).

Each year governments of world`s richest states, regional and global international organizations and other public entities dealing with the development promotion and poverty eradication fund a wide variety of development projects all around the globe on the basis of legal norms specially made to regulate these kind of activities. The present article will deal with the legal rules which cover the EU financing of external aid provided to the developing countries. These rules will be systematized in sequence. “Development aid” here is distinguished from “humanitarian aid”, “pre-accession aid” and “macro-financial assistance” provided by the EU⁵. The article will not discuss the EU development cooperation policy, as well as the role played by the EU external aid in the promotion of development and its effectiveness. While there is a voluminous literature devoted to the political aspects of the EU development aid funding⁶, it can hardly be said about the legal “side of the shield”⁷. Therefore a purely legal analysis of Union`s development aid activities seems to be quite topical and interesting.

⁵ Although humanitarian aid falls under the overall definition of ODA, it is an assistance intended to be short-term in nature and aims to save lives, alleviate suffering and maintain and protect human dignity during and in the aftermath of emergencies such as natural disasters or disasters caused by human activity. As to the pre-accession aid, which is assistance provided to countries engaged in the accession process to the EU, it depends on needs of the beneficiary state and does not always include the development aspect. The macro-financial assistance, being a form of financial aid mobilized to help countries dealing with serious balance-of-payments difficulties, is an exceptional measure that is not meant to provide regular financial support for economic and social development of its recipients.

⁶ See, for example, Carbone, M. (ed.), “Special Issue: Development Policy and the EU`s External Action,” *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 26, No. 3, 2013; Hout, W. and Carbone, M. (eds.), “Governance, Development and the South: contesting EU policies,” *Third World Quarterly*, Special issue 1, Vol. 31, 2010; Gänzle, S., Grimm, S. and Makhan, D. (eds.), *The European Union and Global Development: An ‘Enlightened’ Superpower in the Making?* London: Palgrave Macmillan, 2012; Holland, M. and Doidge, M., *The Development Policy of the European Union*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012; Orbie, J. and Tortell, L. (eds.), *The European Union and the Social Dimension of Globalization. How the EU Influences the World*, Abingdon, Routledge, 2011; Söderbaum, F. and Stalgren, P. (eds.), *The European Union and the Global South*, Boulder, Lynne Rienner, 2010; Sahle, E. N., *World Orders, Development and Transformation*, Basingstone, Palgrave Macmillan, 2010; Holden, P., *In Search of Structural Power: EU Aid Policy as a Global Political Instrument*, Aldershot, Ashgate, 2009; Hout, W. (ed.), *EU Development Policy and Poverty reduction: Enhancing Effectiveness*, Aldershot, Ashgate, 2007; etc.

⁷ Not to depreciate the works published by Philipp Dann, for example, the book *The Law of Development Cooperation: A Comparative Analysis of the World Bank, the EU and Germany* (Andrew Hammel trans.), Cambridge Univ. Press 2013.

The EU, or rather the European Economic Community, from the very foundation was active in the field of development cooperation. Initially this activity was carried out by France, Belgium and the United Kingdom (after its accession to the Community in 1973) and has been associated with their former colonies in Sub-Saharan Africa. Today almost all of twenty-eight EU Member States are development aid donors (none is a recipient of ODA). The EU on the whole is the twenty-ninth development aid donor⁸ and, as such, it is one of the biggest development aid donors in the world⁹.

As development cooperation is an area of shared competence between the EU and its Member States, the Union`s development aid activities do not prevent its Member States from exercising their own competencies in this field. However, all are required to complement and reinforce each other. The EU serves as a platform for collective actions and coordinates the efforts of the Member States for better development aid impact.

Prior to outline the rules which cover financing of external aid, a few words should be said about the main institutions involved in this activity—European External Action Service (EEAS) and Directorate-General for Development and Cooperation (DEVCO)—EuropeAid. EEAS was established by the decision of the Council of Ministers on 26th of July 2010. It is a sui generis service under the responsibility of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy/Vice-President of the European Commission. EEAS ensures the consistency and coordination of the EU`s external action (including development cooperation) and prepares policy

⁸ With the entry into force of the Treaty of Lisbon, the EU acquired its legal personality. It is therefore a distinct subject of international law which is capable of negotiating and concluding international agreements on its own behalf.

⁹ In 2012, net disbursements by EU Institutions to partner countries and multilateral organizations accounted for 17.57 billion euro. OECD, DAC Development Co-operation Directorate, Donor profile: European Union, available at <http://www.oecd.org/dac/europeanunion.htm> (last visited March 4, 2014).

proposals, implementing them after their approval by the Council and the European Parliament. DEVCO, established on 3 January 2011, is a result of a merger of parts of the former Directorate-General for Development and Relations with African, Caribbean and Pacific States with the former EuropeAid Co-operation Office. DEVCO is responsible for defining EU development policy and for ensuring the effective programming and aid implementation.

It also should be mentioned that the EU's development aid to partner countries and regions in Africa, the Caribbean and the Pacific (ACP)¹⁰ and the Overseas Countries and Territories (OCT)¹¹ is provided from the European Development Fund (EDF)—a separate budget funded by the EU Member States on the basis of specific contribution keys¹²; to other countries—from the regular EU budget. About 70 per cent of EU development assistance is resourced from the EU budget and 30 per cent—from the EDF. EU development funding is delivered through budget support, grants and procurement contracts¹³.

Depending on general idea on sources of the EU law, rules which cover EU's development aid transfer could be grouped into: primary legislation, international agreements and secondary legislation.

¹⁰ Currently, the ACP Group includes 79 countries: 48 from sub-Saharan Africa, 16 from the Caribbean and 15 from the Pacific region.

¹¹ The OCTs are 25 countries and territories, which have special links with Denmark, France, the Netherlands and the United Kingdom and which are associated with the Union according to the provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union.

¹² Each EDF is concluded for a multi-annual period. The 11th EDF covers the period 2014-2020 and has a total of 31.589 billion euro.

¹³ Budget support involves financial transfers to the national treasury of the partner country; grants are direct financial contributions awarded as donations to third parties engaged in external aid activities and used to implement projects or activities that relate to the EU's external aid programmes; procurement contracts are agreements concluded with parties that want to purchase a service, goods or work in return for payment.

Primary legislation—Treaty on European Union (TEU) and Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)—acts that set out the distribution of competences between the Union and the Member States and establish the powers of the European institutions in the field of development aid activities¹⁴. The Title III of the TFEU—Cooperation with Third Countries and Humanitarian Aid—provides the principles and objectives of EU development aid policy. TFEU article 208¹⁵ states: Union policy in the field of development cooperation shall be conducted within the framework of the principles and objectives of the Union's external action¹⁶. In line with TEU, which emphasizes that the Union shall define and pursue common policies and actions and work for a high degree of cooperation in all fields of international relations in order to foster the sustainable economic, social and environmental development of developing countries, with the primary aim of eradicating poverty, the TFEU article 208 (1) carries on this idea and states that Union development cooperation policy shall have as its primary objective the reduction and, in the long term, the eradication of poverty. In keeping with TFEU article 208 (2), the Union and the Member States shall comply with the commitments and take account of the objectives they have approved in the context of the United Nations and other competent international organizations. Further TFEU (article 209) establishes the EU's

¹⁴ Besides TEU and TFEU, primary legislation also includes the amending EU Treaties; the protocols annexed to the founding Treaties and to the amending Treaties and the Treaties on new Member States' accession to the EU.

¹⁵ Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012), 26.10.2012, OJ C 326, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:EN:PDF> (last visited March 5, 2014).

¹⁶ The principles and objectives of the EU's external action are specified in TEU. They are: democracy, the rule of law, the universality and indivisibility of human rights and fundamental freedoms, respect for human dignity, the principles of equality and solidarity, and respect for the principles of the United Nations Charter and international law. Treaty on European Union (Consolidated version 2012), 26.10.2012, OJ C 326, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:EN:PDF> (last visited March 5, 2014).

law-making and treaty-making competencies. The same article authorizes the European Bank to implement EU development policies. Article 210 of the TFEU indicates the forms of collaboration between Union`s and the Member States`, that are: coordination of policies on development cooperation; consultation on aid programmes, including in international organizations and during international conferences; undertaking of joint actions; Member States contribution, if necessary, to the Union aid programmes implementation. Article 210 calls Union and the Member States to cooperate with third countries and with the competent international organizations¹⁷.

International agreements concluded between the EU on the one hand and a third country or third-party organization on the other constitute the second group of sources as they are subordinate to primary legislation. These agreements are binding upon the institutions of the Union and on its Member States.

As the EU is not a party to any binding multilateral agreement which sets out the rules for development aid (in fact, there are no such agreements in international law at all), its development aid policy is implemented through regional and bilateral agreements. The Partnership Agreement between the Members of the ACP States and the European Community and its Member States, or the so-called Cotonou Agreement, is an accord of this sort which comes to mind first. The Cotonou Agreement has replaced the Fourth Lomé Convention in 2000. It aims to promote and expedite the economic, cultural and social development of the ACP States. The Cotonou Agreement was revised twice—in 2005 and in 2010—and covers EU-ACP relations until 2020. The “development aid component” of the Cotonou

¹⁷ Id.

Agreement shows itself in various forms of assistance and support of development efforts undertaken by ACP, which are financed by the EDF. As to the group of non-ACP states, there are no (and never were) agreements, analogues to Cotonou Agreement.

The provision of financing from the EDF and the EU general budget is preceded by conclusion of bilateral Financing Agreements between the EU, represented by European Commission, and the beneficiary—a state or group of states from the ACP¹⁸ or non-ACP states¹⁹. These Financing Agreements are carried out by means of aid contracts which are awarded and implemented in accordance with the Practical guide to contractual procedures for EU external actions adopted by the DEVCO²⁰. To facilitate the implementation of the external aid a number of horizontal framework contracts were elaborated—the Framework Contract BENEF 2013 (valid from 01/01/2014 to 31/12/2015) and the Framework Contract COM 2011 (initially runs for 2 years but was extended for a new period of 2 years up to 15/01/2015)²¹.

According to DEVCO Companion to financial and contractual procedures, EU's relations with partner countries, Member States, international organization and other donors can also be arranged by Transfer

¹⁸ See, for example, Financing Agreement between the Pacific Forum Secretariat and the European Union, FED/2012 I 022-716, available at: http://www.forumsec.org/resources/uploads/attachments/documents/EDF10_FA_PFTAC.pdf (last visited March 5, 2014).

¹⁹ See, for example, Financing Agreement between the European Commission and the Government of Ukraine on financing of the program “Support of the policy of regional development in Ukraine,” 13.12.2012, 19.12.2012, available at http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_b48 (last visited March 5, 2014).

²⁰ European Commission, EuropeAid, Practical Guide, available at <http://ec.europa.eu/europeaid/prag/document.do> (last visited March 5, 2014).

²¹ Other framework contracts are currently closed, See: European Commission, EuropeAid, Work with us, Framework contracts, available at http://ec.europa.eu/europeaid/work/framework-contract/index_en.htm (last visited March 5, 2014).

Agreements, Contribution Agreements, Indirect Management Delegation Agreements and Administration Agreements²².

As the EU's development aid policy also entails cooperation with the international organizations, there are a number of agreements signed between the Union and relevant organizations. For example, on the 29th of April 2003 the European Community and the United Nations signed the Financial and Administrative Framework Agreement, which guides the financial and contractual aspects of external assistance programmes and projects funded by the EU. It applies to "contribution-specific agreements" signed between the organizations²³. Similarly, operational aspects of the cooperation between the EU and the World Bank are covered by Trust Funds and Co-Financing Framework Agreement signed on the 20th of March 2009²⁴.

Besides the TEU and TFEU and international agreements concluded between the EU and other state/group of states or international organization, there are number of *secondary legislation* acts²⁵, which govern EU budget external aid (provided within the framework of EU external action instruments and programs) and EDF. Most of them were meant for the period of 2007-2013 and now there are mainly proposals for regulations, which are still subject to debate in institutions involved in EU legislation. To complete the picture, the most relevant of development-related secondary legislation acts should be named and described:

²² DEVCO Companion to Financial and Contractual Procedures, available at URL: <http://ec.europa.eu/europeaid/companion/welcome.do?locale=en> (last visited March 5, 2014).

²³ The text is available at URL: http://ec.europa.eu/europeaid/work/procedures/financing/international_organisations/other_documents_related_united_nations/document/un_ec_fwc_en.pdf (last visited March 5, 2014).

²⁴ The text is available at http://ec.europa.eu/europeaid/work/procedures/financing/international_organisations/other_documents_relatng_world_bank/documents/signed_contract_20_march_2009bis_en.pdf (last visited March 5, 2014).

²⁵ EU secondary legislation is comprised of unilateral acts defined in Article 288 of the TFEU: regulations, directives, decisions, opinions and recommendations. There are also so-called atypical acts (not listed in Article 288 of the TFEU) such as communications and recommendations, White Papers and Green Papers.

Council Regulation (EU, EURATOM) N° 1311/2013 of 2 December 2013 laying down the multiannual financial framework for the years 2014-2020. It establishes a new external action financial instrument for 2014-2020, upon which the annual budgets are determined by setting the maximum amount of commitment appropriations for six political fields (so called “budget headings”). Budget heading 4—Global Europe—is the section of the budget which allocates the amount for the EU’s external actions including the development aid. The total amount agreed for this external relations package is 58704 million euro. The new multiannual financial framework (MFF) focuses EU aid on a limited number of sectors in each country (the most strategic and growth-oriented ones) and aims at reducing or stopping of its bilateral funding to those economies capable of financing their own development²⁶. EDF does not fall under the MFF.

Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing common rules and procedures for the implementation of the Union’s instruments for external action. The proposed Regulation set up the rules and conditions for providing the Union’s financial assistance to actions, including action programmes and other measures, under the following Instruments: the Development Cooperation Instrument, the European Instrument for Democracy and Human Rights, the European Neighbourhood Instrument, the Instrument for Stability, the Instrument for Nuclear Safety Cooperation (INSC), the Instrument for Preaccession Assistance (IPA) and the Partnership Instrument (PI). It aims to simplify the

²⁶ Approval of the financing instruments for EU external action by the European Parliament, European Commission — MEMO/13/1135, 11/12/2013, available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1135_en.htm (last visited March 6, 2014).

regulatory environment and facilitate the availability of Union`s assistance to partner countries and regions, civil society organizations, etc²⁷.

Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a financing instrument for development cooperation. The proposed Regulation constitutes one of the instruments providing direct support for the EU`s external policies. It will replace the Regulation of the European Parliament and of the Council N° 1605/2006 of 18 December 2006 establishing a financing instrument for development cooperation, known as Development Cooperation Instrument (DCI), which has expired on 31 December 2013. It aims to strengthen the coordination capacity and facilitates joint programming with the Member States, ensuring efficient division of labour and effective aid delivery. The new DCI takes into account the all the documents establishing basic orientations and principles for the Union`s development policy and focuses primarily on combating poverty²⁸.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Neighbourhood Instrument (ENI). ENI replaces the European Neighbourhood and Partnership Instrument (ENPI) (Regulation N° 1638/2006 of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 laying down general provisions establishing a European Neighbourhood and Partnership Instrument, 2006 O.J. L. 310/1) which ran out at the end of 2013. As the ENPI, the ENI provides the bulk of funding to the European neighborhood countries (Algeria, Armenia, Azerbaijan,

²⁷ Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing common rules and procedures for the implementation of the Union`s instruments for external action (COM(2011)0842 — C7-0494/2011 — 2011/0415(COD), available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0447&language=EN> (last visited March 6, 2014).

²⁸ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a financing instrument for development cooperation, Brussels, 7.12.2011 COM(2011) 840 final, 2011/0406 (COD), available at http://ec.europa.eu/europeaid/how/finance/documents/prop_reg_instrument_dev_coop_en.pdf (last visited March 6, 2014).

Belarus, Egypt, Georgia, Israel, Jordan, Lebanon, Libya The Republic of Moldova, Morocco, occupied Palestinian territory, Syria, Tunisia, Ukraine)²⁹, mainly through bilateral, multi-country and Cross-Border Cooperation programmes. At the same time ENI introduces significant changes which include application of the “more for more” principle as a key aspect of the renewed Neighbourhood Policy which provides for a much higher level of differentiation among partners in line with their commitment to the jointly agreed values and objectives; simplification and reduced time for programming; increased coordination between Instrument and relevant internal policies and instruments; amended provisions on Cross-Border Cooperation programme; evolving relationship with Russia³⁰.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a financing instrument for the promotion of democracy and human rights worldwide—European Instrument for democracy and human rights (EIDHR). The proposed Regulation replaces the Regulation (EC) N° 1889/2006 of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on establishing a financing instrument for the promotion of democracy and human rights worldwide, 2006 O.J. L. 386/1. The new EIDHR constitutes a corner stone of EU`s political strategy of democracy and human rights promotion. It focuses on the most problematic countries, on more flexibility and swifter response, through grants for

²⁹ Russia is the only beneficiary of the ENPI that is not covered by the ENP given the significant improvements in Russia`s fiscal position.

³⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Neighbourhood Instrument, Brussels, 7.12.2011 COM(2011) 839 final, 2011/0405 (COD), available at http://ec.europa.eu/europeaid/how/finance/documents/prop_eu_neighbourhood_instrument_reg_en.pdf (last visited March 6, 2014).

human-rights defenders in urgent need of protection and direct grants in countries where calls for proposals are impossible³¹.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing an Instrument for Stability (IfS). It will replace Regulation (EC) No 1717/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 November 2006 establishing an Instrument for Stability, which expired on 31 December 2013, 2006 O.J. L. 327/1. The new Regulation aims at introducing a revised (IfS), building on the experience of the previous one, in order to increase the efficiency and coherence of the Union`s actions in the areas of conflict prevention and crisis response, crisis preparedness and peace-building and in addressing security threats, including climate security.³²

Proposal for a Council Regulation on the implementation of the 11th European Development Fund. The EDF is managed outside the general budget and thus is governed by its own Financial Regulation. The proposed Regulation lays down the rules for the establishment and financial implementation of the resources of the 11th EDF. It is necessary for the EU to continue the support of ACP countries` efforts towards reducing and eventually eradicating poverty, while attaining the objectives of sustainable development and achieving their gradual integration into the global economy. According to Regulation, the ACP countries will also be eligible for

³¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a establishing a financing instrument for the promotion of democracy and human rights worldwide, Brussels, 7.12.2011 COM(2011) 844 final, 2011/0412 (COD), available at [http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0844/COM_COM\(2011\)0844_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0844/COM_COM(2011)0844_EN.pdf) (last visited March 6, 2014).

³² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing an Instrument for Stability, Brussels, 7.12.2011 COM(2011) 845 final, 2011/0413 (COD), available at [http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0845/COM_COM\(2011\)0845_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0845/COM_COM(2011)0845_EN.pdf) (last visited March 6, 2014).

Union assistance from thematic programs cover by the new DCI, IfS, EIDHR and Partnership Instrument for cooperation with third countries.³³

There are also a number of Communications from the European Commission which play an important role in development aid activities despite the fact they have no obligatory force. These are: Communication which proposes an updating of the 2000 country strategy papers framework with a view to introducing joint multiannual programming which aims to coordinate donors' in-country work under a common framework of support, with each specializing in their particular strengths³⁴; Communication presented a medium-term twelve-point action plan for optimization of the efforts required in order to achieve the MDGs by 2015³⁵; Communication introduced "Policy Coherence for Development" approach which embodies the EU efforts in minimization of contradictions and building of synergies between development cooperation objectives in non-development policies that have an impact on developing countries (the EU agreed to apply it in 12 policy areas other than aid, where the challenge of attaining synergies with development policy objectives is particularly relevant to help speed up progress towards the MDGs)³⁶; Communication by the means of which the

³³ Proposal for a Council Regulation on the implementation of the 11th European Development Fund, Brussels, 26.6.2013 COM(2013) 445 final, 2013/0211 (NLE), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0445:FIN:EN:PDF> (last visited March 6, 2014).

³⁴ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 2 March 2006 — Increasing the impact of EU aid: a common framework for drafting country strategy papers and joint multiannual programming (COM (2006) 88 final), 2006 O.J. C 130.

³⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions of 21 April 2010 — A twelve-point EU action plan in support of the Millennium Development Goals (COM (2010) 0159 final), available at http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/COMM_COM_2010_0159_MDG_EN.PDF (last visited March 11, 2014).

³⁶ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee of 12 April 2005 — Policy Coherence for Development — Accelerating progress towards attaining the Millennium Development Goals (COM(2005) 134 final), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0134:FIN:EN:PDF> (last visited March 11, 2014).

Commission has proposed to untie all the Community aid and bilateral aid from the fifteen Member States, subject to the agreement of the beneficiary country and reciprocity on the part of other donors³⁷; Communication by which the “labour” in development policy was divided between various EU donors—the European Commission and institutions and Member States. Voluntary in nature, the Code aims to encourage each donor to deliver more, better and faster aids, to focus its assistance on areas where it can add most value, taking into account other donors` activities³⁸; the two Communications that are “setting out more strategic EU approach to reducing poverty, including a more targeted allocation of funding”³⁹. An Agenda for Change proposed by the Commission aims to strengthen Europe`s solidarity with the world`s developing nations in fight against poverty in the context of sustainable development. It reinforces the EU`s overarching objective of poverty elimination in the context of sustainable development, as set out in the European Consensus on Development⁴⁰. The document

³⁷ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 18 November 2000: Untying: Enhancing the effectiveness of aid (COM (2002) 639 final), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0639:FIN:EN:PDF> (last visited March 11, 2014).

³⁸ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 28 February 2007 “EU Code of Conduct on Division of Labour in Development Policy” (COM (2007) 72 final), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0072:FIN:EN:PDF> (last visited March 11, 2014).

³⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 10 October 2011 Increasing the impact of EU Development Policy: an Agenda for Change (COM (2011) 637 final), available at http://ec.europa.eu/europeaid/news/agenda_for_change_en.htm (last visited March 11, 2014) and Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 10 October 2011 The Future Approach to EU Budget Support to Third Countries (COM (2011) 638 final), available at http://ec.europa.eu/europeaid/how/delivering-aid/budget-support/documents/future_eu_budget_support_en.pdf (last visited March 11, 2014).

⁴⁰ The Consensus is a statement signed in 2005 by the Presidents of the Commission, Parliament and the Council to guide the EU`s and its Member States` activities in the field of development cooperation and to set out the concrete action to be taken to implement this activities at the Community level (Joint declaration by the Council and the representatives of the governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the Commission on the development policy of the European Union entitled “The European Consensus”, 2006, O.J. C 46). It has been cited several times by the European Court of Justice in assessing the scope of development aid (European Parliament v. Commission of the

Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

emphasizes that EU development policy must take into account the increased differentiation between developing countries and identifies two regions as priorities for assistance—the EU Neighbourhood and sub-Saharan Africa. A differentiated EU approach to aid allocation and partnerships is therefore crucial in achieving maximum impact and value for money.

Development aid activities carried out by the EU is a quite “manageable” instrument for stimulation of the economic and political evolution of developing countries towards European values and standards. As it follows from the legal acts analyzed in the article, development aid is firmly anchored within the EU external action. The EU development aid granting is considerably formalized being heavily regulated by international agreements and secondary legislation acts. At the same time, it should be noted that EU development aid activities can hardly be ensured only through the legal instruments. Documents whose real significance is political or moral play no less important role in its promotion. Thus, being the OECD DAC member and participating in the High Level Foras on Aid Effectiveness, EU adjusts its development aid activities with Rome Declaration (2003), Paris Declaration (2005), Accra Agenda for Action (2008) and Busan Partnership for Effective Development Co-operation (2011). Similarly, as a member of the WTO, in December 2007 the EU adopted its joint strategy on Aid for Trade that includes the pledge on trade-related assistance to developing countries. The EU also contributes to the Initiative for Highly Indebted Poor Countries—international debt relief mechanism that provides special assistance to the world`s poorest countries, launched in 1996 by the IMF and the World Bank.

European Union, Case C-403/05, para. 57; European Communities v. Council of the European Union, Case C-91/05, para. 66).

ЧАСТЬ III. Трибуна молодых учёных

О ПРАВОВОМ СТАТУСЕ НЕДВИЖИМОСТИ В СЛОВЕНИИ

Виктория Грибкова*

Аннотация. В статье проанализированы нормативные акты, регламентирующие порядок оформления сделок с недвижимостью в Словении. Рассмотрены порядок регистрации сделок, обязательства продавцов и покупателей, а так же субъекты сделок с недвижимостью. Приведены перечни законов, регулирующих процесс выдачи ипотечного кредита и законов, регулирующих пространственное планирование и управление, и управление окружающей средой. Так же в статье рассматривается система налогообложения недвижимости, в частности действующие критерии применения процентных ставок по различным видам налогов.

Ключевые слова: законодательство о недвижимости, сделки с недвижимостью, регистрация вещных прав, налог на недвижимость.

* Грибкова Виктория Владимировна. Магистрант кафедры международного и европейского права юридического факультета ВГУ. E-mail: viktoriagribkova@gmail.com
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

ON THE LEGAL STATUS OF REAL ESTATE IN SLOVENIA

Viktorija Gribkova*

Abstract. The article deals with legal acts, which govern real estate transactions in Slovenia. It comprises the procedure of registration of transactions, obligations of buyers and sellers, as well as the subjects of real estate transactions. The article includes lists of laws that governing the process of issuing mortgage and laws that governing spatial planning and management, and environmental management. Also it presents the system of property taxation, in particular the existing criteria for the application of interest rates for different types of taxes.

Keywords: real estate law, real estate transactions, the rights in rem, registration of property rights, real estate tax.

Основополагающие принципы частной собственности и ее использования изложены в основном законе Республики — Конституции Словении¹. Помимо конституции существуют два акта, регламентирующие сделки с недвижимостью: а) Закон о недвижимости², который содержит правила, регулирующие отношения, касающиеся вещных и иных прав; б) Закон о земельном кадастре³, предусматривающий порядок и принципы регистрации прав собственности и других прав на недвижимое имущество.

* Master's student of the Chair of International and European Law, VSU. E-mail: viktoriagribkova@gmail.com

¹ Ustava Republike Slovenije // UL št. 33, 28.12. 1991.

² Stvarnopravni zakonik (SPZ) // Ur. l. RS, št. 87/2002 z dne 17.10.2002.

³ Zakon o zemljiškiknjigi (ZZK-1) // Ur. l. RS, št. 58/2003z dne 18.06.2003.

Кроме того, действуют нормативные акты о записи недвижимого имущества, о землях сельскохозяйственного назначения, о защите покупателей квартир и домов, о строительстве, о жилье и другие.

Поскольку Словения является страной континентальной Европы с гражданско-правовой системой, вытекающей из римского права, то обычное право не применяется в этой сфере. Что касается международных норм, то они не оказывают существенного влияния на недвижимость Словении, затрагивая вопросы борьбы с преступностью⁴.

Иностранцы могут приобретать права собственности на недвижимость в Словении на условиях, предусмотренных законом или международным договором, ратифицированным парламентом Словении. Это означает что граждане Евросоюза, граждане стран-членов ОЭСР и США (как физические, так и юридические лица), а также лица без гражданства, проживающие в Словении, могут приобретать недвижимость на тех же условиях, что и граждане Словении.

Физические и юридические лица стран-кандидатов в ЕС могут приобретать недвижимость при условии взаимности, а граждане тех стран, которые не имеют международных договоров со Словенией, могут приобретать недвижимость только на основе наследования и при условии взаимности.

Вещные права (право собственности, залог, сервитуты, обременение и строительство) регистрируются в земельном кадастре в

⁴ См. подробнее: Бирюков П. Н. О некоторых аспектах деятельности Евроюста // Международное публичное и частное право. — 2007. — № 2. — С. 9–11; Бирюков П. Н. Уголовная ответственность юридических лиц за преступления в сфере экономики (опыт иностранных государств). Москва, 2008; Бирюков П. Н. Некоторые аспекты Европейского ордера на арест // Московский журнал международного права. 2009. № 1. С. 248-255; Бирюков П. Н. Проблемы выявления, замораживания и конфискации доходов от преступной деятельности в ЕС // Российский юридический журнал. 2009. № 6. С. 76-81; Бирюков П. Н. Европейский доказательственный ордер // Российский судья. 2010. № 5. С. 23-28 и др.

установленном порядке. Иные права на землю могут быть приобретены путем заключения договора и внесены в земельный кадастр (например, запрет на отчуждение или обременение, аренда, право повторного приобретения, право преимущественной покупки, специальное право на использование общественных благ и другие права, которые в соответствии с законом должны быть внесены в земельный кадастр⁵).

В Словении функционирует один электронный земельный кадастр. Владельцы (и/или обладатели иных прав) получают разрешение местного суда при регистрации права на недвижимость. При этом кто угодно (не только владелец) вправе получить кадастровую выписку по любому объекту. Кадастр находится в интернете свободном доступе, но более подробные сведения по тому или иному объекту, которые в частности могут служить доказательством права собственности, выдаются судом и нотариусом.

Для регистрации права собственности необходимо предоставить в земельный кадастр: договор по передаче прав и обязанностей на недвижимое имущество; нотариально заверенное разрешение текущим владельцем о передаче и регистрации права собственности на приобретателя (*zemljiškknjižnodovolilo*). Эти документы, как правило, передаются нотариусу, который затем представляет их в электронном виде в суд.

Помимо основных субъектов рынка недвижимости — покупателя, продавца и провайдера финансовых услуг, как правило, в сделках с недвижимостью в Словении участвуют так же государственные

⁵ <https://evlozisce.sodisce.si/esodstvo/index.html>

нотариусы, брокеры, оказывающие услуги покупателям и продавцам при совершении сделок купли-продажи недвижимости и адвокаты.

Нотариусы заверяют подпись продавца (а при необходимости и других сторон сделки) о разрешении регистрации земли, а так же подготавливают всю необходимую документацию. Для того чтобы заверить подпись, продавец должен заплатить установленный налог и, при необходимости, на основе акта зонирования, получить отказ потенциальных претендентов от преимущественных прав. После данной процедуры нотариусы, как правило, подают заявку на регистрацию права собственности, на основании которой суд выносит постановление об оплате судебных издержек и, после поступления платежа, выполняется регистрация. Нотариусы могут также хранить документы или средства на счете условного депонирования для одной и более сторон.

Брокеры выступают в качестве посредников между продавцом и покупателем. Объем оказываемых им услуг колеблется (в зависимости от компетенции самого брокера и от соглашения между сторонами) от проведения рекламной кампании по соответствующему объекту недвижимости и проверки статуса объекта в земельном кадастре до принятия им активного участия в переговорах и подготовки всего необходимого для исполнения правовой сделки. Согласно закону об агентства недвижимости⁶, максимальный размер комиссии за услуги брокера составляет 4 % от суммы по сделке купли-продажи. В случае, если брокер оказывает услуги обеим сторонам сделки, такая комиссия

⁶ Zakon o nepremičninskem posredovanju (ZNP) // Ur. l. RS, št. 42/2003 z dne 09.05.2003.
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

не должна составлять не более 2 % от стоимости объекта для каждой стороны.

Адвокаты проверяют правовой статус соответствующего недвижимого имущества и подготавливают юридическую документацию, необходимую для совершения сделки. Они часто выступают в качестве консультантов по финансовой составляющей сделки. По закону о гонорарах адвокатам⁷ устанавливаются определенные рамки оплаты, но на практике размер оплаты определяется по соглашению в договоре об организации финансирования и, как правило, эта сумма может существенно разниться с обусловленной в законе.

Покупка недвижимости может осуществляться как за собственные, так и за заемные средства. В Словении существуют следующие законы, регулирующие кредитование: Кодекс об обязательствах⁸; Закон о банковской деятельности⁹; Закон о потребительском кредитовании¹⁰; Закон о защите прав потребителей¹¹.

По закону условия для юридических лиц резидентов и нерезидентов равны; однако физические лица получают более высокий уровень защиты по отношению к юридическим. Помимо поручительства, в качестве гарантии кредиторы могут потребовать в залог движимое имущество или акции. Кроме того, в качестве дополнительного обеспечения часто приводятся векселя.

⁷ Zakon o odvetniškatarifi (ZOdvT) // Ur.l. RS, št. 67/2008 z dne 04.07.2008.

⁸ Obligacijski zakonik (OZ) // Ur.l. RS, št. 83/2001 z dne 25.10.2001.

⁹ Zakonobančništvu (uradnoprečiščenobesedilo) (ZBan-1-UPB5) // Ur. l. RS, št. 99/2010 (52/2011 popr.) z dne 07.12.2010.

¹⁰ Zakon o potrošniških kreditih (ZPotK-1) // Ur.l. RS, št. 59/2010 z dne 23.07.2010.

¹¹ Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot) // Ur.l. RS, št. 20/1998 (25/1998 popr.) z dne 13.03.1998.

Передача недвижимости облагается налогом по ставке 2 % от покупной цены. При этом ответственность по уплате возлагается на продавца и возникает в момент заключения договора о передаче права собственности. Продавец обязан подать декларацию для целей налогообложения в налоговую инспекцию в течение пятнадцати дней с момента возникновения обязательства и оплатить налог в течение тридцати дней с момента получения им платежного поручения, выданного налоговой инспекцией.

Также оплачивается налог на прибыль, который составляет 20 % и уменьшается на 5 % за каждые пять лет владения. Но здесь существуют определенные исключения. К примеру, налогом не облагается продажа вторичного жилья с не более чем двумя комнатами, в случае, если владелец был зарегистрирован и постоянно проживал в течение последних трех лет до продажи. Также не облагается налогом имущество, приобретенное до начала 2002 г.

При оплате налога на прибыль иностранными гражданами, учитываются особенности межгосударственных договоренностей об устранении двойного налогообложения, Подписаны договоры с такими странами, как Австрия, Бельгия, Великобритания, Венгрия, Германия, Дания, Ирландия, Испания, Италия, Канада, Кипр, Китай, Латвия, Литва, Люксембург, Македония, Нидерланды, Польша, Россия, Румыния, Словакия, США, Финляндия, Франция, Чехия, Швейцария и Швеция.

Покупатель и продавец могут договориться о том, что передача недвижимости будет облагаться НДС, ставка по которому в настоящее время составляет 22 %. В этом случае ответственность за оплату возлагается также на продавца. В принципе, НДС не оплачивается при

переходе прав собственности на недвижимость, если это либо новый объект, либо объект, в котором проживали не более двух лет к моменту продажи, либо земли под застройку вместе со всеми строениями на этой земле.

С мая 2012 года был введен налог на прирост капитала, обязательства по оплате которого возникают в случае, если стоимость объекта увеличилась в связи с ремонтом. Налоговая база представляет собой разницу между первоначальной стоимостью недвижимости (минус стоимость продажи) и конечной стоимостью (плюс расходы на приобретение). Оплата осуществляется продавцом в момент продажи. Продавец обязан подать декларацию в налоговую инспекцию в течение пятнадцати дней с момента возникновения налогового обязательства. Применяются следующие налоговые ставки: 25 %, если прошло менее одного года с момента изменения; 15 %, если более одного, но менее трех лет; и 5 %, если более трех, но менее десяти лет.

В Словении с 2014 года введен новый ежегодный налог на недвижимость, который связан не с отчуждением имущества, а с правом собственности на него. За налоговую базу принимается обобщенная рыночная стоимость недвижимости, установленная агентством геодезии и картографии Республики Словения. Облагаемым лицом является собственник, а ставка налога составляет 0,15 % для жилых зданий, 0,8 % для коммерческой недвижимости и 0,5 % для других зданий и земельных участков.

Пространственное планирование и управление, а также управление окружающей средой регулируются следующими законами:

закон о пространственном планировании¹²; закон о строительстве¹³; закон об охране окружающей среды¹⁴; закон об охране природы¹⁵; закон о воде¹⁶.

Строительство здания не может (за исключением простых зданий) начаться без разрешения на строительство. В зависимости от размера и типа конструкции, может потребоваться экологическое утверждение. После окончания строительных работ приобретается разрешение на использование. Выдается оно в течение одного месяца в общем порядке, и в течение двух месяцев в особых случаях. В законе об административных пошлинах¹⁷ указан размер тарифа на получение данных разрешений и зависит он, как правило, от типа и назначения конструкции.

Процесс передачи прав собственности на недвижимость, а также строительство новых объектов имеет ряд особенностей. В их числе: препятствия, связанные с покупкой недвижимости лицами, не являющимися гражданами стран ЕС, США и стран-кандидатов в ЕС (в данном случае единственным вариантом является приобретение недвижимости на юридическое лицо); сложность получения ипотеки для иностранцев; система налогообложения. Тем не менее, все процедуры достаточно просты и прозрачны.

¹² Zakon o prostorskem načrtovanju (ZPNačrt) // Ur.l. RS, št. 33/2007 z dne 13.04.2007.

¹³ Zakon o graditvi objektov (ZGO-1) // Ur.l. RS, št. 110/2002 z dne 18.12.2002.

¹⁴ Zakon o varstvu okolja (ZVO-1) // Ur.l. RS, št. 41/2004 z dne 22.04.2004.

¹⁵ Zakon o ohranjanju narave (ZON) // Ur.l. RS, št. 56/1999 (31/2000 popr.) z dne 13.07.1999.

¹⁶ Zakon o vodah (ZV-1) // Ur.l. RS, št. 67/2002 z dne 26.07.2002.

¹⁷ Zakon o upravnih taksah (ZUT) // Ur.l. RS, št. 8/2000 z dne 31.01.2000

ОСОБЫЙ ПОРЯДОК СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА И РЕЦИДИВ

Алексей Николаев*

Аннотация. Рассматривается особый порядок судебного разбирательства в совокупности с рецидивом, их сущность, условия применения и противоречия их наложения. Проанализированы данные статистических материалов за 2003-2012 года, а так же выявлена взаимосвязь и актуальные проблемы, возникающие при применении на практике в Российской Федерации рассмотрения уголовных дел в особом порядке. В статье рассмотрены точки зрения ученых, а так же пути решения данной проблемы, предложенные учеными современности. Автором внесено концептуальное предложение, направленное на урегулирование данной проблемы.

Ключевые слова: особый порядок судебного разбирательства, рецидив, уголовно-процессуальное право, подсудимый, умышленное преступление.

THE SPECIAL ORDER OF PROCEEDING AND RELAPSE

Aleksey Nikolaev*

* Центральный филиал Российской Академии правосудия, магистрант.

* Central Branch of the Russian Academy of Justice, master.

Abstract. The special order of proceeding in aggregate with relapse, their essence, conditions of application and the contradiction of their imposing is considered. Data of statistical materials for 2003-2012 and as the interrelation and the actual problems arising at application on an a practice in the Russian Federation of consideration of criminal cases in the special order is revealed are analysed. In article the points of view of scientists, and as ways of the decision of the given problem, the offered scientists of the present are considered. By the author it is made the conceptual offer directed on settlement of the given problem.

Keywords: the special order of proceeding, relapse, criminally a-procedural law, the defendant, a deliberate crime.

Особый порядок судебного разбирательства — это упрощенная форма уголовного судопроизводства. Суть особого порядка состоит в том, что при согласии обвиняемого и потерпевшего, обвиняемый имеет возможность заявить о согласии с предъявленным ему обвинением и ходатайствовать о вынесении ему приговора без судебного разбирательства, то есть без исследования всех доказательств, проведения экспертиз, заслушивания свидетелей и прочего. Но при всем этом он не вправе обжаловать в судебном порядке меру наказания избранную судом.

Особый порядок судебного разбирательства позволяет существенно уменьшить экономические и процессуальные затраты, а так же сокращает время с момента совершения противозаконного деяния, до момента наказания лица совершившего преступление. При

всем при этом, обвиняемого стимулирует возможность получить более мягкое наказание, за совершенное им преступление, так как в случае если обвиняемый признает свою вину и будет применен особый порядок судебного разбирательства, то суд имеет право назначить наказание, не более двух третей, от предусмотренного законодательством срока.

Применение особого порядка судебного разбирательства применимо при выполнении целого ряда условий (глава 40 статья 314 УПК). К таким условиям закон относит:

1. максимальное наказание за совершенное лицом преступление за преступление, не должно превышать десяти лет лишения свободы;
2. обвиняемый должен быть согласен с предъявленным ему обвинением и при этом полностью признавать свою вину;
3. обвиняемый должен быть совершеннолетним;
4. обвиняемый должен ходатайствовать о применении особого порядка судебного разбирательства, и при этом он должен осознавать характер и последствия заявленного ходатайства. Ходатайство должно быть подано добровольно, и после консультации с защитником;
5. сторона обвинения должна быть согласна на проведение судебного разбирательства в особом порядке. Если государственный либо частный обвинитель и (или) потерпевший возражают против заявленного обвиняемым ходатайства, то уголовное дело рассматривается в общем порядке.

Однако мы полагаем, что регламентируя применение особого порядка судебного разбирательства, законодатель не учел

особенностей, возникающих при рецидиве преступлений. Ни нормы Уголовного Кодекса РФ, ни Уголовно-процессуальный Кодекс РФ не устанавливают каких-либо особенностей применения особого порядка судебного разбирательства при рецидиве преступлений.

Между тем данная ситуация нередко возникает в правоприменительной практике и, естественно, вызывает определенные затруднения у сотрудников правоохранительных органов. Нет однозначного решения данной проблемы и в научных работах, опубликованных со времени вступления в силу изменений законодательства, установившего саму возможность применения особого порядка судебного разбирательства. Так, например, А. А. Толкаченко предлагает детально описать в статьях УПК РФ порядок назначения наказания при постановлении приговора без проведения судебного разбирательства с учетом многообразия возможных вариантов¹, А. Ф. Гричаниченко полагает, что лица, ранее судимые за совершенное умышленное преступление (за исключением судимых за умышленные преступления небольшой тяжести; судимых за преступления, совершенные лицом в возрасте до восемнадцати лет; судимых за преступления, осуждение за которые признавалось условным либо по которым предоставлялась отсрочка исполнения приговора, если условное осуждение или отсрочка исполнения приговора не отменялись и лицо не направлялось для отбывания

¹ Толкаченко А. А. Уголовный процесс. 2006. № 9. URL: http://www.ugpr.ru/arhiv/21_sen_2006/topic214_ugolovnopravovye_aspekty_osobogo_poryadka_sudebnogo_razbiratelstva.html

наказания в места лишения свободы), не вправе заключать досудебное соглашение о сотрудничестве².

К. А. Рыбалов напротив, предлагает применять особый порядок вне зависимости от рецидива, так, как не имеется законодательных противопоказаний против применения особого порядка при наличии рецидива преступлений³. Ту же позицию занимает В.В. Дорошков, который считает, что наличие рецидива преступлений, на принятие решения о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства не влияет⁴.

Следует признать, что отказ в применении особого порядка судебного разбирательства, мотивированный лишь наличием признаков рецидива преступлений противоречит, во-первых, уголовному закону, который действительно не содержит таких ограничений и, во-вторых, принципу законности при производстве по уголовному делу (ст. 7 УПК РФ).

Однако, по нашему мнению, утверждение К. А. Рыбалова и других специалистов, поддерживающих его точку зрения, хотя и верно по существу, но свидетельствует лишь о наличии проблемы. Полагаем, что разрешить эту проблему в состоянии только законодатель, приняв определенные изменения в соответствующих правовых нормах.

Между тем сотрудники правоохранительных органов, не имея законодательно закрепленного применения особого порядка судебного разбирательства при наличии рецидива, предпочитают, в этом случае

² Гричаниченко А. В. Особый порядок принятия судебного решения: сравнительный анализ содержания главы 40 и главы 40.1 УПК РФ, проблемы их применения // Уголовное право. 2010. № 1.

³ Рыбалов К. А. Особый порядок судебного разбирательства в Российской Федерации и проблемы его реализации. М. 2004. С. 89.

⁴ Дорошков В. В. Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением // Российский судья. 2004. № 9.

рассматривать такие дела в общем порядке, используя для этого возможности, предоставленные ч. 4 ст. 314 УПК РФ. При этом отказ в применении особого порядка судебного разбирательства мотивируется именно наличием признаков рецидива в совершенном лицом преступлении.

Полагаем, что сложившаяся в отсутствие законодательного закрепления положений, регламентирующих применение особого порядка судебного разбирательства при рецидиве преступлений судебная практика существенно нарушает законные права и интересы лиц, обвиняемых в совершении преступлении. Однако эта практика противоречива и разнообразна, ее необходимо упорядочить и объединить в единое целое.

Это возможно лишь при условии законодательного урегулирования рассмотрения дела в особом порядке судебного разбирательства при наличии рецидива, или введения дополнительного условия в статью 314 УПК, о невозможности рассмотрения уголовного дела в особом порядке, в случае если подсудимый привлекался ранее к уголовной ответственности.

Мы полагаем, что, лица, ранее судимые за совершенное умышленное преступление, не вправе заключать досудебное соглашение о сотрудничестве. Этого требует сама логика введения в законодательство понятия «рецидив». Для подобной категории лиц подход при назначении наказания должен быть индивидуальным. Введение запрета на применение особого порядка в отношении данной категории обвиняемых, должно повысить эффективность борьбы с рецидивной преступностью, которая в последние годы демонстрирует

постоянный и существенный рост на общем фоне стабильной тенденции к снижению уровня преступности.

Таким образом, необходимо внести изменения в УПК РФ и добавить в статью 314 условие о невозможности рассмотрения дела в особом порядке, в случае если обвиняемый уже привлекался к уголовной ответственности и у него имеется рецидив преступлений.

**ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО «МЯГКОГО ПРАВА» И ЕГО
ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ ВО ВНУТРЕННЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО:
ПРАКТИЧЕСКИЙ ВЗГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ**

Арпине Пирумян*

Аннотация. в данной статье исследуется понятие международного «мягкого права», анализируется его место и роль. Целью статьи является выделение критерия, способного разграничить международное «мягкое право» и «твердое право», в качестве которого автор предлагает считать возможность наступления негативных последствий в случае несоблюдения нормы права. Также в статье обосновывается положительное влияние международного «мягкого права» на международное право в целом, а так же на законодательство и практику той или иной страны. Демонстрируется стремление государства в лице его государственных органов к приведению складывающихся общественных отношений в соответствие с нормами «мягкого права» (на примере Российской Федерации).

Ключевые слова: международное «мягкое право», рекомендательные нормы, юридически необязательные нормы, международное право, внутригосударственное право, добровольность, санкции и международно-правовая ответственность.

* Студентка 3 курса юридического факультета ВГУ.
Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

**CONCEPTION OF INTERNATIONAL “SOFT LAW” AND ITS
IMPLEMENTATION IN DOMESTIC LAW: A PRACTICAL PERSPECTIVE ON
THE PROBLEM**

Arpine Pirumyan*

Abstract. This article explores the concept of international “soft law”, examines its place and role. The purpose of this article is the selection criterion capable to distinguish between international “soft law” and the “hard law”, as which the author proposes to consider the possibility of negative consequences in case of non-compliance with the law. Also the article proves the positive impact of international “soft law” in international law in general, as well as on the law and practice of any country. Demonstrates the commitment of the State through its public authorities to bring the prevailing social relations into conformity with the “soft law” (on the example of the Russian Federation).

Keywords: international “soft law”, recommendation norms of law, non-binding norms, international law, domestic law, voluntariness, sanctions and international legal responsibility.

Широкое распространение наряду с международно-правовыми нормами, обладающих признаком общеобязательности, получили разнообразные нормы рекомендательного характера. Если международные договоры, международно-правовые обычаи, акты

* 3rd year student of the Faculty of Law, VSU.

органов международных организаций, а также некоторые акты международных конференций и совещаний, устанавливают юридически обязательное правило поведения (т. е. норму международного права), в связи с чем являются источниками международного права, то рекомендательные нормы не имеют обязательной юридической силы и, соответственно, не являются источниками международного права. Говоря о таких нормах, в научной литературе уже закрепилось использование термина «мягкое право»¹.

Концепция «мягкого права» при всей своей актуальности и широкому распространению не нашла всеобщего признания и подтверждения. В литературе существуют различные взгляды на вопрос, что именно понимать под «мягким правом». Встречаются точки зрения, которые абсолютно отрицают само существование данной концепции. Так, Р. А. Колодкин придерживается мнения, что концепция «мягкого права» является неприемлемой. Это всего лишь попытка втиснуть в границы международного права положения, не формулирующие международно-правовых норма, приведение к частичной деюридизации целого ряда обязательств по международному праву². По мнению французского профессора П. Вейля, распространение «мягкого права» не способствует упрочению международно-правовой системы. Это касается полного отрицания самого существования концепции «мягкого права»³.

¹ См., например: Бирюков П. Н. Международное право: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2013. Глава 4.

² Колодкин Р. А. Критика концепции «мягкого права» // Совет. государство и право. 1985. № 12. С. 95–99.

³ Weil, P. Towards Relative Normativity in International Law? // American Journal of International Law. 1983. Vol. 77. N 3. P. 414–417.

Другие ученые, которые хотя и признают существование понятия «мягкое право», вкладывают в это понятие разный смысл. Как указывал И. И. Лукашук, термин «мягкое право» используют для обозначения двух разных явлений. В одном случае речь идет об особом виде международно-правовых норм, которые несмотря на то, что не порождают четких прав и обязанностей, тем не менее являются обязательными, а в другом — о неправовых международных нормах, содержанием которых являются политические и (или) моральные обязательства⁴.

Ю. М. Колосов и В.И. Кузнецов⁵ под нормами «мягкого права» понимают нормы, содержащиеся в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, а также в некоторых актах органов международных организаций и актах международных конференций и совещаний, которые носят рекомендательный характер и не являются нормами международного права.

Заслуживающим внимания является довод, который изложил в своих работах В.Н. Мулюн. Он считает, что Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г. и Венская конвенция о праве международных договоров между государствами и международными организациями или международными организациями 1986 г. не проводят деления договоров на «мягкие» и «твердые»⁶. А соответственно понятием «мягкое право» не обобщаются нормы международных договоров, которые не определяют конкретные права и

⁴ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. Учебник. — М.: Издательство БЕК, 1996. С. 102—103.

⁵ Колосов Ю.М., Кузнецов В.И. Международное право: учебник. — М., 1998. С. 22—23.

⁶ Мулюн В. Н. Влияние «мягкого» права международных организаций на внутригосударственное право (на примере стандартов и кодексов поведения МБРР и МВФ) // Материалы IX Международной научной конференции «Модернизация экономики и глобализация». — М.: Издательство ГУ-ВШЭ, 2008. Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

обязанности субъектов международного права. В таком случае можно говорить лишь о «мягкости» не самой нормы, так как норма остается юридически обязательной и является международно-правовой, а лишь ее формулировки.

Представляется, что целесообразно выбрать критерий, на основе которого можно было бы проводить различие между «мягким» правом и правом «твердым». Одним из таких критериев может быть наличие возможности наступления каких-либо негативных последствий в случае несоблюдения той или иной нормы, а также применение каких либо санкций и их характер. Если для давления используется сила государства, мы называем это «жестким правом». Когда же для этого используется другая сила, например, авторитет Болонского университета в Средние века или авторитет Базельского комитета по банковскому надзору сегодня, то мы называем это «мягким правом»⁷. Если продолжать данную концепцию, которую предложил профессор Ю.Б. Фогельсон, можно прийти к тому, что принуждение (сила государств) применяется только в том случае, когда речь идет о нарушении юридически обязательной нормы. Так как международные договоры, международные обычаи, акты органов международной организации, акты международных конференций и совещаний являются источниками международного права и содержат международно-правовые нормы, этими документами предусматриваются меры проверки и контроля за их соблюдением, а также международно-правовая ответственность. Соответственно, нельзя говорить, что нормы, например, международных договоров, не

⁷ Фогельсон Ю. Б. «Мягкое право» устанавливает жесткие нормы // ОРЕК.ру Экспертный сайт Высшей школы экономики. URL: <http://www.opes.ru/text/1574087.html> (дата обращения: 10.12.2013).

определяющие конкретные права и обязанности субъектов международного права, являются нормами «мягкого права».

В литературе наряду с термином «мягкое право» встречаются также и иные понятия, например, «предправо» (В.В. Мицик)⁸, «субправо» (С.В. Бахин)⁹. Характеризуя нормы «мягкого права», они употребляют термины «зародышевые нормы», «квази-правовые нормы» или нормы, имеющие «зарождающуюся юридическую силу», подчеркивая тем самым их последующую трансформацию в нормы «твердого права». Представляется, что это не совсем верно; тут необходимо согласиться с М. Ю. Велижаниной, поскольку преобразование «мягкого права» не обязательно должно иметь место. Возможно, что превращение ряда таких норм является оправданным, однако это не основная их задача. В первую очередь, «мягкое право» предназначено дополнять нормы международного права, работать там, где последние работать не могут. «Постоянно осуждаемое явление «мягкого права» выполняет неоценимую функцию. [...] «Мягкое право» способно быстрее приспособливаться к имеющимся национально-политическим реалиям»¹⁰, — пишет профессор университета в Дрездене У. Фастенрат.

Определившись с основными трактовками понятия «мягкое право», интересным для рассмотрения является вопрос, касающийся непосредственного действия «мягкого права», его влияние на

⁸ Цит. по: Иоффе А. «Мягкое право» — действительно право? // Kyiv Student Journal of International Law, 2007. № 9.

⁹ Бахин С. В. Субправо: новые тенденции в унификации международного права // Правоведение. — 2002. — № 1 (240). — С. 149 — 158.

¹⁰ Fastenrath U. Relative Normativity in International Law // European Journal of International Law, 1993. № 3. P. 339.

международное право, а также на внутреннее право той или иной страны.

Как уже отмечалось, нормы «мягкого права» могут создавать предпосылки, базис для возникновения затем на их основе международно-правовых норм. Это связано с тем, что на каком-то этапе государства и мировое сообщество в целом пока не готовы закрепить те или иные положения в виде юридически обязательных для них норм международного права. Совершенно очевидно, что тем самым «мягкое право» выполняет огромную роль в процессе создания обычных и договорных международно-правовых норм. Таким образом, «мягкое право» играет важную роль в процессе международного нормотворчества, однако повторимся, что это не является его основной задачей.

Другим проявлением влияния «мягкого права» является то, каким образом оно помогает в толковании международных договоров и иных источников международного права. Так, Декларация о принципах международного права 1970 года, а также другие документы ООН (пр.: Декларация о предотвращении и устранении споров и ситуаций, которые могут угрожать международному миру и безопасности, и о роли Организации Объединенных Наций в этой области (5 декабря 1988 г.), принятой резолюцией ГА ООН № 43/51) подробно раскрывают содержание принципов международного права, закрепленных в Уставе ООН.

Большой заслугой и достижением «мягкого» права является то, что во многом именно благодаря ему были сформированы некоторые отрасли современного международного права, такие как право охраны

окружающей среды, космическое право. В отличие от «твердого права», когда «законодатель» не успевает реагировать на возникающие правоотношения, либо в силу противоречивости, которые могут возникнуть в результате их регулирования, «мягкому праву» присущи такие признаки, благодаря которым оно способно выступать эффективным регулятором таких отношений. Здесь проявляются плюсы, которые отличают «мягкое право», это в первую очередь отсутствие юридически обязательной силы, а значит и юридических последствий в случае неисполнения или нарушения норм «мягкого права», и сравнительная оперативность в принятии таких норм по сравнению с международно-правовыми.

Значение «мягкого права» подчеркивается на самом высоком уровне. Так, Генеральный Секретарь ООН Кофи Аннан в п. 12 Доклада «Осуществление Декларации тысячелетия ООН» (2004) заявил: «Более чем когда бы то ни было мировое сообщество нуждается в эффективных рамочных нормах поведения государств»¹¹.

В Докладе Генерального секретаря Международной организации труда о конвенциях этой организации еще в 1997 году говорится, что, даже не будучи ратифицированными, «они способны оказывать влияние на законодательство и национальную практику»¹².

Важную роль в процессе воздействия на национальное право сыграла Всеобщая декларация прав человека 1948 года, положения которой содержатся в законодательстве большого количества стран.

¹¹ Доклад Генерального секретаря ООН «Осуществление Декларации тысячелетия Организации Объединенных Наций» // 59 сессия, пункт 56 предварительной повестки дня. 2004 URL: http://www.mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/SGReports/59_282/a59_282r.pdf (дата обращения: 14.12.2004).

¹² Нормотворческая деятельность МОТ в эпоху глобализации: Доклад Генерального Директора. Международная конференция труда, 85 сессия, 1997, МОТ. — Женева, 1997. — С.58.

Согласно части 4 ст. 15 Конституции РФ, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Однако на настоящий момент они являются не единственными «международными регуляторами» общественных отношений в связи с все более возрастающей ролью «мягкого права».

В отличие от норм «твердого права», соблюдение и исполнение которого является обязательным, выполнение норм «мягкого права» добровольно. Как правило, государства стараются им следовать не в силу того, что они подкреплены принуждением со стороны субъектов международного права, а в силу их авторитета и ряда иных причин.

Так, согласно преамбуле Закона «О трансплантации органов и (или) тканей человека»¹³, данный закон в своих положениях учитывает рекомендации Всемирной Организации Здравоохранения.

Часть 4 ст. 3 Уголовно-исполнительного кодекса РФ¹⁴ закрепляет положение, что рекомендации (декларации) международных организаций по вопросам исполнения наказаний и обращения с осужденными реализуются в уголовно-исполнительном законодательстве РФ при наличии необходимых экономических и социальных возможностей.

Ряд иных законов также подтверждает стремление Российской Федерации к реализации рекомендательных норм в национальном праве. Однако несмотря на это, пока данная тенденция не получила столь широкого распространения, которого хотелось бы ожидать.

¹³ О трансплантации органов и (или) тканей человека: Закон Рос. Федерации от 22 декабря 1992 г. № 4180-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. — 1993. — № 2. — Ст. 62.

¹⁴ Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08 января 1997 г. № 1-ФЗ: (с изм. и доп.) // Гарант: [сайт информ.-правовой компании].—http://base.garant.ru/1306500/1/#block_1001

Помимо федеральных законов, международное «мягкое право» находит себе место и в Указах Президента РФ. Так, Указ Президента РФ «О дополнительных гарантиях обеспечения охраны прав, свобод и законных интересов лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»¹⁵ учитывает рекомендации Парламентской ассамблеи Совета Европы.

Правительство РФ систематически принимает акты, которые предусматривают выполнение решений ОБСЕ. Так, Постановлением Правительства РФ «О реализации документа Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе Венский документ 2011 года о мерах укрепления доверия и безопасности»¹⁶ установлен порядок реализации решения Организации.

Помимо законодательной и исполнительной власти, суды также участвуют в имплементации международных рекомендательных норм.

Так, Конституционный Суд РФ указывал о соответствии предусмотренной в Федеральном законе от 25 июля 1998 г. № 130-ФЗ «О борьбе с терроризмом» обязанности государства возместить вред, причиненный в результате террористической акции потерпевшему, предписаниям Руководящих принципов в области прав человека и борьбы с терроризмом, утвержденным КМ СЕ в 2002 г., Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью 1985 г., Резолюции о террористической

¹⁵ О дополнительных гарантиях обеспечения охраны прав, свобод и законных интересов лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений: указ Президента Рос. Федерации от 12 июля 2005 г. № 796 // Собр. законодательства Рос. Федерации. — 2005. — № 29. — Ст. 3037.

¹⁶ О реализации документа Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе "Венский документ 2011 года о мерах укрепления доверия и безопасности": постановление Правительства Рос. Федерации от 04 июня 2012 г. № 545 // Собр. законодательства Рос. Федерации. — 2012. — №24. — Ст.3182.

деятельности 1990 г., принятой Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями¹⁷.

В своем Определении Конституционный Суд РФ от 19 января 2005 г.¹⁸ по ходатайству Уполномоченного по правам человека в РФ, КС РФ отмечал, что заявитель ссылался на акты Международной организации труда. Он, в частности, утверждал, что правовые позиции Суда не соответствуют положениям Конвенции МОТ № 95 об охране заработной платы и Рекомендации МОТ № 180 о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя.

В деле о проверке соответствия Конституции РФ ст. 97 УПК РСФСР Конституционный Суд ссылался на Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принятом Генеральной Ассамблеей ООН 19 декабря 1988 года¹⁹.

Использование Верховным Судом РФ «мягкого» права проявляется не только при рассмотрении конкретных дел, но и при обобщении судебной практики и даче разъяснений по вопросам применения законодательства. Пленум ВС РФ в своих постановлениях рекомендует судам обращаться к международным рекомендательным нормам:

¹⁷ По жалобе граждан Бурбан Елены Леонидовны, Жирова Олега Александровича, Миловидова Дмитрия Эдуардовича, Миловидовой Ольги Владимировны и Старковой Тамары Михайловны на нарушение их конституционных прав положениями статьи 17 Федерального закона "О борьбе с терроризмом: Определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 27 декабря 2005 г. № 523-О // Собр. законодательства Рос. Федерации. — 2006. — № 12. — Ст. 1326.

¹⁸ Об отказе в принятии к рассмотрению ходатайства Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации об официальном разъяснении Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 8 июня 2004 года N 254-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки М.Г. Ершовой положением пункта 5 статьи 114 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)": Определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 19 января 2005 г. №29-О // Вестник Конституционного Суда Рос. Федерации. — 2005. — № 4.

¹⁹ По делу о проверке конституционности части пятой статьи 97 Уголовно — процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.В. Щелухина: Постановление Конституционного Суда Рос. Федерации от 13 июня 1996 г. № 14-П // Вестник Конституционного Суда Рос. Федерации. — 1996. — № 4.

Принципам защиты психически больных лиц и улучшения психиатрической помощи 1991 г.²⁰, Декларации Генеральной Ассамблеи ООН 1981 года о ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии или убеждений²¹ и Декларации о свободе политической дискуссии в СМИ 2004 г.²² и др.

Положения Всеобщей декларации прав человека 1948 года наиболее часто цитируются в решениях судов РФ и национальных судов других стран. Например, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 года № 5 Верховный Суд разъяснил, что «содержание принципов и норм международного права может раскрываться, в частности, в документах ООН и ее специализированных учреждений»²³.

Суды используют нормы «мягкого права» для восполнения пробелов в праве, усиления аргументации, формулирования правовых позиций, а также толкования общих или неопределенных по содержанию правовых норм.

Ясно, что акты «мягкого права» не обладают приоритетом над национальным правом и что они применяются в той мере, в которой не противоречат внутреннему законодательству. Такое широкое применение «мягкого права» всеми ветвями власти без законодательного на то указания говорит только в пользу государства.

²⁰ О практике применения судами принудительных мер медицинского характера: Постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 07 апреля 2011 г. № 6 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. — 2011. — № 7.

²¹ О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2011 г. № 11 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. — 2011. — № 8.

²² О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц: Постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. — 2005. — № 4.

²³ О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 10 октября 2003 г. № 5 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. — 2003. — № 12.

С самого начала акты «мягкого права» использовались как способ регулирования международных отношений, позволяющий избежать международно-правовой ответственности. Исполнение таких актов осуществлялось путем добровольного следования их положениям. В последние десятилетия все более заметны попытки субъектов международного права придать более действенный характер актам «мягкого права». Это выражается, с одной стороны, в том, что мировое сообщество стремится создать такие условия взаимодействия, когда неисполнение норм «мягкого права» влечет неблагоприятные экономические, политические последствия, а их исполнение, напротив, приносит пользу. С другой стороны, все чаще стали создаваться различного рода механизмы мониторинга, следящие за выполнением государствами-участниками актов «мягкого права».

При этом воздействие рекомендательных норм на внутригосударственное право можно классифицировать по двум основаниям: во-первых, свободная реализация, когда государство самостоятельно принимает меры для применения признанных стандартов; во-вторых — в различной степени принудительное применение, когда реализация определенных стандартов является условием (прямым или косвенным, официальным или неформальным) получения помощи (прежде всего финансовой) от международной организации.

Таким образом, в науке международного права термин «международное мягкое право» трактуется неоднозначно. Несмотря на различное его толкование, совершенно ясно одно: «мягкое право» играет важную роль в регулировании как международных отношений,

так и отношений в конкретной стране. При всех своих плюсах нормы «твердого права» не всегда способны быстро реагировать на те или иные процессы, их создание из-за сложной процедуры порой затягивается на долгие годы. В результате чего образуются пробелы. Именно эти задачи в силах решать «мягкое право».

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УСТРОЙСТВО БЕЛЬГИИ

Сарычев Дмитрий*

Аннотация. В данной статье идет речь об основах государственного устройства Бельгии, имеющего весьма сложную структуру. Рассматривается международная правосубъектность регионов в рамках Конституции, особенности этнолингвистического деления регионов.

Особое внимание уделено структуре, компетенции и функционированию парламента и правительства Бельгии. Проанализировано разграничение компетенции между федерацией и субъектами.

Ключевые слова: федерация, Бельгия, парламент, регионы.

THE STATE STRUCTURE OF BELGIUM

Sarychev Dmitry*

Abstract. This article deals with the basics of Belgium state, which has a very complicated structure. The international legal personality of regions within the Constitution and particularly ethno-linguistic division regions are considered.

* Студент 3 курса юридического факультета ВГУ.

* 3rd year student of the Faculty of Law, VSU.

Particular attention is paid to the structure, competence and functioning of the Parliament and the Government of Belgium. Also the distribution of powers between the federation and the subjects are analyzed.

Keywords: Federation, Belgium, parliament, regions.

Бельгия является страной с федеративной парламентской демократией в условиях конституционной монархии. В ней действует Конституция, принятая 7 февраля 1831 г. Последние изменения были внесены 14 июля 1993 г. (парламентом был одобрен конституционный пакет законов о создании федеративного государства). Основное ее население составляют фламандцы и валлоны. В связи с возникшими за последние десятилетия конфликтами между последними, в стране, которая прежде была унитарным государством, начался процесс поэтапной «федерализации». Наиболее важные изменения в Конституцию были внесены в 1988–1993 гг. При этом вначале было зафиксировано существование двух основных культурно-лингвистических сообществ: фламандско-говорящего и французско-говорящего населения, а затем были образованы три региона: Фландрия, Валлония и Брюссель (последний объявлен официально двуязычным).

На сегодняшний день в сообществах и регионах созданы соответствующие представительные и исполнительные органы. При этом гарантированы права и немецко-говорящего населения (оно составляет менее 1 %). Одновременно с этим Бельгия в административно-территориальном отношении пока что делится на

девять провинций. Во главе провинции стоят назначаемые сверху губернаторы, которые осуществляют местное управление совместно с выборными провинциальными советами¹.

Административное деление Бельгии представлено следующей схемой: 3 региона (Фландрия, Валлония и столичный округ Брюсселя) и 10 провинций (Антверпен, Западная Фландрия, Восточная Фландрия, Флаамс-Брабант, Лимбург, Брабант-Валлон, Эно, Льеж, Намюр, Люксембург).

Принципы государственного управления основаны на разделении властей. Так, высшим законодательным органом является двухпалатный парламент, который включает в себя Сенат и палату депутатов (выборы в эти органы происходят одновременно каждые 4 года). Сенат в свою очередь состоит из 71 члена (40 избираются прямым народным голосованием, 31 — косвенным). В палату депутатов (150 мест) выборы происходят на основе пропорционального представительства путём прямого голосования. Например, на выборах 1999 г. в состав Сената вошли представители 10 политических партий, палаты депутатов — 11².

Главой государства является король Альберт II (он взошёл на престол 9 августа 1993 г.), его наследник — принц Филипп. Глава правительства (т.е. исполнительной власти) и члены его кабинета назначаются королём (обычно из представителей партий, лидирующих в Сенате и палате депутатов). Затем они одобряются законодательной властью (т.е. парламентом). В результате конституционных изменений 14 июля 1993 г. Бельгия превратилась в федеративное государство, в

¹ Савицкий П. И. Становление Бельгийской федерации // Правоведение. 2007. № 4-5. С. 56-66.

² Belgian Constitution Chapter V URL: <http://www.belgium.be/> (дата обращения: 18.03.2014).

рамках которого действует три правительственных уровня (федеральный, региональный и языково-общинный) с чётким разграничением полномочий и ответственности советами.

Парламент Бельгии представляет собой двухпалатный представительный орган. В Палате представителей числится 150 депутатов, избираемых на 4 года путем прямых выборов по системе пропорционального представительства. В составе Сената — 71 человек, из которых 1 — наследник короны, 40 — избираются прямыми выборами (25 во Фландрии и 15 в Валлонии), по 10 человек — из состава Фламандского совета и совета Французского сообщества, 1 — из совета Германоязычного сообщества и соответственно по 6 и 4 новых члена кооптируют сенаторы-фламандцы и сенаторы-франкофоны. Срок полномочий Сената также равен 4 годам. В соответствии с реформой 1921 г. право быть избранным в Сенат было ограничено рядом условий (в том числе имущественным цензом), которые не требуются при выборах в Палату представителей. Тем самым подчеркивалась своего рода особая роль Сената. Однако обе палаты равноправны, их специфические права незначительны. В этом отношении, поправка, принятая в 1970 г., предусматривает создание в каждой из палат французской и фламандской лингвистических групп, чтобы предотвратить нарушение прав лиц, относящихся к различным языковым сообществам.

Ежегодно обе палаты собираются на сессии, которые длятся не менее 40 дней в году. Заседания палат проводятся отдельно, но в некоторых случаях (например, принятие присяги Короля) они собираются на совместные заседания. В палатах создаются комитеты,

которые играют важную роль в законодательной деятельности Парламента. Через них, в частности, проходят все законопроекты.

Правом законодательной инициативы обладают все депутаты Парламента и Правительство. Однако процедура принятия законов свидетельствует о приоритете правительственных законопроектов. В то время как правительственный законопроект сразу же после его представления ставится на обсуждение палат, законопроект, внесенный парламентарием, еще до рассмотрения депутатами может быть отклонен председателем палаты, если он решит, что данный билль не заслуживает внимания³. В 1980 г. было установлено, что законы, касающиеся национальных и языковых проблем, могут быть поставлены на голосование только при наличии «специального большинства» (присутствие большинства членов в каждой лингвистической группе). Законопроект считается принятым, если за него проголосует не менее 2/3 «специального большинства».

Помимо основной функции — принятия законов Парламент обладает рядом других полномочий: утверждает бюджет, торговые договоры или соглашения, которые налагают на государство какие-то обязательства, ежегодно решает вопрос о численности вооруженных сил, предоставляет натурализацию, назначает членов Верховного суда. Без согласия Парламента Король не имеет права назначить себе преемника при отсутствии мужского потомства, а также не может стать главой другого государства. Что касается контрольных функций Парламента, то, по существу, они исчерпываются интерпелляциями (запросами) и вопросами.

³ Belgium Government. URL: http://www.belgium.be/en/about_belgium/government/ (датаобращения: 18.03.2014).

Примечателен тот факт, что в Конституции Бельгии нет определения Правительства, хотя специальный раздел посвящен министрам. Действующие под руководством Премьер-министра, они образуют Совет министров — Правительство Бельгии. Статья 96 Конституции устанавливает, что его члены назначаются и увольняются Королем, однако Король должен образовать такое Правительство, которое пользовалось бы доверием Парламента. В соответствии со ст. 99 при формировании правительства учитывается национальный принцип: число министров представителей валлонов и фламандцев должно быть равным. Сразу же после образования Правительства на рассмотрение высшего законодательного органа вносится правительственная программа (декларация). Если программу не одобряет хотя бы одна палата, а Правительство не получает вотума доверия, оно вынуждено уйти в отставку.

Полномочия Правительства законодательно урегулированы в самых общих чертах. Достаточно широкими правами обладает Премьер-министр, хотя в Конституции ничего о нем не сказано. Полномочия последнего закреплены в ряде нормативных актов (в частности, в Королевском указе 1939 г. о создании службы общего управления и Регентском указе 1946 г.). Глава Правительства определяет основные направления деятельности Совета министров, организует работу его заседаний (сам определяет повестку дня, высказывает мнения, которые ложатся в основу принимаемых решений). Также он является связующим звеном между Королем и исполнительными органами, регулярно информирует Короля об основных проблемах, стоящих перед государством, выступает от имени

Правительства в Парламенте, излагает правительственную программу и несет за нее ответственность, к нему направляются интерпелляции.

Заметим, что решения Правительства облекаются в форму королевских указов или министерских декретов. Кроме того, в определенных случаях Правительство осуществляет законодательные функции, делегированные ему Парламентом.

Стоит обратить внимание на то, что в Бельгии установлены специфические отношения не только между ее тремя составными частями (регионами), но и тремя языковыми сообществами (французским, фламандским и германским). Избираемые советы сообществ и регионов (валлонского, фламандского и брюссельского) имеют законодательные полномочия и формируют свои правительства. Совместной компетенции конституция не предусматривает, но при этом решения общего характера принимает парламент, где пропорционально представлены сообщества и регионы⁴.

Согласно Конституции 1 февраля 1994 г., главная особенность бельгийской федерации и отличие от других федераций заключается в том, что в основе деления федерации на субъекты лежит языковой принцип, нет единой системы деления федерации на части, существуют одновременно три системы деления федерации на субъекты. Бельгийская федерация одновременно делится на сообщества, регионы, лингвистические регионы.

Федеральный орган имеет компетенцию только в вопросах, которые закреплены в Конституции и законах, принятых на ее основании. Сообщества или регионы в пределах своих интересов

⁴ Александрова Н. А. Некоторые аспекты сравнительного анализа разграничения правотворческих полномочий в федерациях // Вестник ЮУрГУ. — Серия: Право. — 2006. — №5 (60). — С. 209-214.

компетентны в иных вопросах на условиях, установленных законом. Этот закон должен быть принят большинством. Закон наделяет региональные представительные органы регламентарной компетенцией по определенным предметам ведения и согласно порядку, им установленному, за исключением вопросов Исклучительно коммунальные или провинциальные интересы регулируются коммунальными или провинциальными советами в соответствии с принципами, установленными Конституцией.

Закон определяет полномочия, правила деятельности и порядок избрания местных внутри коммунальных органов, правомочных регулировать вопросы, представляющие коммунальный интерес.

Местные внутри коммунальные органы создаются в коммунах с населением более ста тысяч жителей по инициативе их коммунального совета. Их члены избираются посредством прямых выборов. Во исполнение закона, принятого большинством, декрет или норма, регулируют другие условия и порядок, в соответствии с которыми такие местные внутри коммунальные органы могут быть созданы.

Этот декрет или норма, могут быть приняты только большинством в две трети поданных голосов, при условии собрания большинства членов соответствующего совета. Советы Французского сообщества и Фламандского сообщества регулируют декретом:

1. вопросы культуры;
2. образование, за исключением:
 - a) определения начала и окончания обязательного школьного обучения;
 - b) минимальных требований к выдаче дипломов;

с) пенсионного режима для работников образования.

Сотрудничество между сообществами, а также международное сотрудничество, включая заключение договоров по вопросам, указанным в пунктах 1 и 2. Эти декреты имеют силу закона соответственно в регионе французского языка и регионе нидерландского языка, а также в отношении учреждений двуязычного региона Брюссель-столица, характер деятельности которых определяет их принадлежность исключительно к тому или другому сообществу. Советы Французского сообщества и Фламандского сообщества регулируют декретом, в пределах своих полномочий, персонализированные вопросы, а также в рамках этих вопросов сотрудничество между сообществами и международное сотрудничество, включая заключение договоров.

Закон, принимаемый большинством, фиксирует персонализированные вопросы, а также формы сотрудничества и порядок заключения договоров.

Вопросы коммунального или провинциального характера могут быть предметом народной консультации в соответствующей коммуне или провинции.

Границы четырех лингвистических регионов могут быть изменены или уточнены только законом, принятым большинством голосов в каждой лингвистической группе каждой из палат, при условии, что присутствует большинство каждой группы и общее число поданных голосов в обеих лингвистических группах достигает двух третей принявших участие в голосовании.

В результате конституционной реформы возникла бельгийская федерация с весьма сложной структурой. Реализуя принцип этнолингвистического устройства федерации, она имеет два вида параллельно функционирующих субъектов — сообщества и регионы. Действующая Конституция Бельгии закрепила модель государственного устройства страны, которая формируется, исходя из нескольких подходов. В области внешней политики сообщества и регионы добились права осуществлять международное сотрудничество в сфере своей компетенции. В стране создана Межминистерская конференция по международной политике, которая осуществляет необходимую координацию и обеспечивает взаимодействие регионов на государственном уровне. Регионы Бельгии, исходя из законодательства страны, обладают международной правосубъектностью, но в пределах своей исключительной компетенции, т. е. обладают вторичной международной правосубъектностью. Регионы Бельгии наделены правом вступать в международные связи. В субъектах федерации имеются специализированные учреждения, отвечающие за развитие международных связей в отдельных областях, таких как внешняя торговля, туризм, инвестиции и т.п. Сообществам и регионам Бельгии предоставлено право осуществлять внешние сношения по вопросам, входящим в их ведение, вплоть до права заключения международных договоров.

При этом все международные договоры, как исключительные, так и смешанные, как двусторонние, так и многосторонние, должны быть одобрены всеми парламентами, включая парламенты регионов и

сообществ⁵. Это подразумевает также, что они по очереди представляют Бельгию в Совете министров Европейского союза при решении вопросов, относящихся к сфере их компетенции. Право регионов государств открывать представительства в зарубежных странах. Здесь Бельгия пошла по очень оригинальному пути. Регионы открывают свои представительства в посольствах и консульствах Бельгии. Практически во всех посольствах и консульствах Бельгии введены должности «атташе субъектов федерации» (прежде всего, Фландрии и Валлонии), финансируемые непосредственно регионами и проводящие автономную политику по вопросам, входящим в компетенцию субъектов.

Законодательство Бельгии предоставляет право своим регионам не только участвовать в международных организациях, но и открывать в них свои представительства. Вместе с тем наличие международной правосубъектности у регионов и сообществ не приводит к увеличению числа голосов, которым обладает Бельгия в международных организациях. Они продолжают рассматривать Бельгию как единое государство.

Несмотря на всю свою сложность, Бельгийская модель федерации доказала возможность учета интересов и эффективного сосуществования двух конфликтующих этнических групп. Безусловно, еще существует ряд нерешенных проблем и не устраненных пробелов в федерализации государства, но в целом, Бельгия провела успешный процесс внутренних преобразований. Опыт Бельгии, по построению федерации из унитарного государства, может быть актуален для

⁵ Brussels Regional Development Agency. URL:<http://www.sdrb.be> (дата обращения: 18.03.2014).

сегодняшней Украины, в случае, если она решит создать федерацию, чтобы избежать распада государства на отдельные части. В свою очередь, опыт Бельгии по наделению субъектов федерации полномочиями, различными по содержанию, может быть воспринят российским законодательством после подробного изучения бельгийской модели федерализма.

СОВРЕМЕННЫЕ СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ АВТОРСКИХ ПРАВ НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

Кристина Сорокина*

Аннотация. В статье рассмотрены современные способы защиты авторских прав в Интернете, которые разделены на две группы: общеправовые и технические. Представлена классификация технических средств защиты авторских прав. Отмечены существующие противоречия и современные тенденции в области охраны авторских прав на результаты интеллектуальной деятельности. Приведены конкретные примеры, помогающие понять специфику данной области права. Помимо этого указаны альтернативные подходы к процессу охраны авторских прав, включая явление социального заказа.

Ключевые слова: авторское право, защита прав, Интернет

MODERN SAFETY METHODS OF AUTHORS' RIGHTS ON THE RESULTS OF INTELLECTUAL ACTIVITY ON THE INTERNET

Kristina Sorokina*

* Сорокина Кристина Витальевна. Магистрант кафедры международного и европейского права юридического факультета ВГУ.

* Master`s student of the international and European law chair, VSU.

Международно-правовые чтения. Выпуск 1 (12). 2014.

Abstract. The article describes modern methods of copyright protection on the Internet, which are divided into two groups: general legal and technical. The classification of technical copyright protection is shown. The existing contradictions and modern trends in the field of copyright protection on the results of intellectual activity are marked. Specific examples to help you understand the specific nature of this field of law are given. In addition, alternative approaches to the process of copyright protection are mentioned, including the phenomenon of social order.

Keywords: copyright infringement, copyright protection of rights, Internet

Нарушение авторских, смежных, а также исключительных прав в сети Интернет является весьма серьезной проблемой, как для авторов, так и для правообладателей. В некоторых случаях нанесенный вред весьма ощутим — из-за действий интернет-пиратов тот или иной бизнес может понести серьезные финансовые потери.

Международная практика защиты авторских прав в основном базируется на опыте таких стран, как США и Великобритания и некоторых других. В указанных регионах защита прав на интеллектуальную собственность организована наиболее масштабно и с наименьшим числом проблем в сравнении с остальными участниками правовых отношений в Интернете.

Логика законодательных актов современных стран исходит из тезиса «кто предупрежден — тот вооружен». То есть, прежде чем обращаться за помощью к государству, тому или иному автору

рекомендуется предпринять ряд действий, которые бы предупредили других людей от совершения незаконных действий в отношении интеллектуальной собственности автора.

Общий массив современных способов защиты авторских и смежных прав в сети Интернет можно разделить на следующие две группы: 1) действия, направленные на пресечение угроз и фактов нарушения авторских прав; 2) действия, направленные на возмещение материального и нематериального ущерба и дальнейшее пресечение правонарушений¹.

К первой группе действий относятся следующие.

Указание знака *Copyright* или © перед наименованием объекта авторского права. Также можно указать имя, фамилию автора и год возникновения объекта (например, текста статьи). Знак Копирайт, это первая защита прав в Интернете и своего рода предупреждение всем: у произведения есть хозяин, коммерческое использование без разрешения собственника — автора или правообладателя запрещено².

Именно в этой части возникает первый и самый главный спорный момент. В России, как, впрочем, и в других более развитых странах, действует так называемая презумпция авторства. И на практике чаще всего процесс доказывания авторства опирается именно на «презумпцию авторства» и сводится к предоставлению наиболее раннего по времени создания экземпляра произведения, на котором указан автор. «Презумпция авторства» закреплена в статье 1257 ГК РФ: «Лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре

¹ См. подробнее: Бирюков П. Н. Право интеллектуальной собственности: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2014.

² Защита прав в Интернете, http://www.copyright.ru/documents/zashita_prav_internet/

произведения, считается его автором, если не доказано иное». Это означает, что в случае возникновения любого спора автору достаточно представить любой экземпляр произведения, на котором он указан в качестве автора каким-либо обычным способом, например, на титульном листе, в оглавлении или непосредственно в тексте произведения.

Однако, если иные лица сумеют представить экземпляры того же произведения с более ранней датой создания, на которых в качестве автора произведения указано иное лицо, рассматриваемая презумпция будет действовать уже в отношении такого лица, которое и будет признаваться автором, пока не будет доказано иное.

Для борьбы с подделкой авторства в рамках презумпции авторства существует несколько подходов, но все они базируются на том, чтобы реальный правообладатель позаботился о получении материального подтверждения своего авторства сторонними лицами. Например, Лен Смит (*Len Smith*), владелец компании *Copyrighting On Demand*, специалист по защите авторских прав, копирайтингу и продажам в сети, советует заранее подготовить неопровержимое доказательство, используя почтовые услуги. Отправляя письмо самому себе, автор получает конверт со штампом, на котором обозначена дата. Последняя и будет являться вещественным доказательством авторства.

Однако многообразие объектов авторства, включающее в себя торговую марку на название сайта, авторские права на контент, текста, изображения, оригинальную программу, базу данных, название сайта и домена и многие другие, — не позволяет однозначно идентифицировать авторство с применением материальных носителей.

В данном случае имеет место общественная регистрация права на результаты интеллектуальной деятельности.

В США таковым местом является государственный сервис www.copyright.gov, где происходит централизованная регистрация авторских прав. Однако в большинстве стран не существует государственных и или полугосударственных органов, регистрирующих авторские права. Даже в Великобритании ведомство интеллектуальной собственности — www.ipo.gov.uk — не выполняет функции регистратора.

Поэтому практически в каждой стране существует множество коммерческих или полукommerческих организаций, осуществляющих регистрацию авторских прав за установленную плату. Например, в России таковым примером служит КОПИРУС (<http://www.copyright.org>), где происходит добровольная регистрация правообладателями объектов их интеллектуальной собственности.

И, тем не менее, данный способ также не является универсальным гарантом. Во-первых, в силу своей коммерческой ориентации правообладателю зачастую трудно найти доверенного регистратора, статус которого был бы учтен судом в случае разбирательства. Во-вторых, многие сервисы по регистрации авторских прав на литературные произведения, контент сайтов и прочее имеют вненациональный характер деятельности. И по этой причине национальные споры могут и вовсе не акцентировать внимание на доверии таким сторонним регистраторам.

Особенно стоит отметить еще и тот факт, что сторонние организации, регистрирующие авторские права, могут быть двух типов:

1) простые регистраторы прав, которые в спорных случаях могут документально подтвердить авторство; 2) регистраторы, наделяющие себя правом преследования правонарушителей путем требований закрытия разделов сайтов с контентом автора, отслеживанием факта скачивания нелегального программного обеспечения и отправкой соответствующих штрафных уведомлений и т.п.

В этой связи стоит отметить, что опыт США по созданию единого государственного регистратора авторских и смежных прав является наиболее реальным механизмом закрепления авторства. В данном ключе высказываются Ассоциация Интернет-издателей³ и Председатель Правительства РФ Д. А. Медведев⁴ в своих конвенциях по авторскому праву.

Следующий способ предупреждения правонарушений в области авторского права — это заключение лицензионного договора, соглашение или простая открытая публикация сообщения о правилах пользования тем или иным контентом⁵.

Вышеназванные способы относятся к юридической группе, которая в равной степени применима по аналогии с патентным правом. Однако Интернет как таковой является результатом функционирования технических средств, из чего проистекает группа технических средств защиты авторских прав (ТСЗАП; англ. *DRM — Digital rights management*⁶) — программные или программно-аппаратные средства, которые намеренно ограничивают либо затрудняют различные действия с

³ Принципы Московской конвенции по авторскому праву, http://www.webpublishers.ru/?page_id=166

⁴ Послание Президента России лидерам стран — участниц «Группы двадцати» от 3.11.2011, <http://news.kremlin.ru/news/13329>

⁵ Пользовательское соглашение сервиса, <http://planeta.ru/welcome/projects-agreement.html>

⁶ DRM, <http://wob.iai.uni-bonn.de/Wob/images/01212504.pdf>

данными в электронной форме (копирование, модификацию, просмотр и т. п.), либо позволяют отследить такие действия. DRM представляет собой набор систем контроля и управления доступом.

На данный момент DRM используется множеством компаний по всему миру, среди которых *Amazon, AppleInc., Microsoft, ElectronicArts, Sony, 1C, Akella* и др. В 1998 году в США был принят Закон об Авторском Праве в Цифровую Эпоху⁷ с целью ввести уголовные наказания за распространение технологий для обхода DRM. Аналогичные меры предусмотрена с момента введения 4 части в Гражданский Кодекс Российской Федерации.

По своей сути DRM-подход позволяет защитить многие виды результатов интеллектуальной деятельности в сети Интернет. К ним относятся: 1) звук, музыкальные произведения; 2) видеоизображения, фильмы, телевидение; 3) текст, документы, электронные книги; 4) компьютерные игры; 5) программное обеспечение.

Среди средств защиты выделяют: использование методов шифрования с предоставлением специального ключа отдельно взятому пользователю, идентификация информации о пользователе при покупке/скачивании объектов авторского права, установление специальных материальных и нематериальных меток на копиях продуктов и многое другое.

Например, принтеры многих крупных IT-компаний на каждой странице печатаемого текста/фотографии указывают серийный номер продукта, по которому можно идентифицировать место продажи принтера, а затем уже и наличии документальных сведений и/или

⁷ DMCA, <http://www.copyright.gov/legislation/hr2281.pdf>

видеозаписей личность покупателя. Другой пример относится к видеопродукции. Так, каждая копия фильма, покупаемого кинотеатром, зачастую снабжается невидимыми человеческому глазу метками, позволяющими в случае незаконного копирования фильма однозначно установить место нарушения авторских прав и наложить штрафные санкции на весь кинотеатр или отследить конкретного нарушителя.

Более яркий пример относится к бурно развивающемуся рынку планшетов и смартфонов, на которые устанавливается специализированное ПО с сайтов-площадок торговли результатами интеллектуальной деятельности. Во-первых, каждое устройство (телефон, смартфон, планшетный компьютер) должно пройти процедуру регистрации, в результате которой торговая площадка получит сведения об уникальном номере устройства и некоторые другие персональные данные, что позволит в будущем идентифицировать конкретного пользователя. В случае же, если владелец портативного компьютера нарушает защиту устройства на установку ПО только описанным способом (т. н. джейлбрейк — нарушение системы безопасности устройство с целью установки на него ПО сторонних площадок, не подлежащее идентификации), производитель вправе отказать пользователю в гарантийном обслуживании. Помимо уведомления самой торговой площадки зачастую автор отдельной книги или игры указывает в пользовательском соглашении факт того, что его программа получит доступ к личным сведениям пользователя для его идентификации. Кстати, в этой связи в последние годы прослеживается отчетливая тенденция злоупотребления авторами программ своим правом

контроля за использованием приложения, и защита авторского права перерастает в ущемлении права пользователя на личную жизнь.

Указанные и многие другие проблемы (как то — ущемление граждан в праве на свободный обмен информацией, свободу торговли) привели к возникновению движения противников DRMзащиты. Самым ярким примером в данном случае может служить специфическое интернет-явление как краудфандинг (народное финансирование, от англ. *crowdfunding*, *crowd* — «толпа», *funding* — «финансирование») — это коллективное сотрудничество людей (доноров), которые добровольно объединяют свои деньги или другие ресурсы вместе, как правило через Интернет, чтобы поддержать усилия других людей или организаций (реципиентов). Сбор средств может служить для различных целей — помощь пострадавшим от стихийных бедствий, поддержка со стороны болельщиков, поддержка политических кампаний, финансирование стартап-компаний и малого предпринимательства, создание свободного программного обеспечения, получение прибыли от совместных инвестиций и многого другого. Так, например, в отношении открытого ПО разработчики, действующие на основах краудфандинга, заведомо отказываются от использования методов DRMзащиты результатов своего интеллектуального труда, так как практически вся полнота их материальной заинтересованности уже была покрыта народным финансированием, и дальнейшее преследование фактов нарушения авторского права воспринимается не как негативное явление, а как признание ценности из труда.

Переходя ко второй группе способов защиты авторских прав, касающихся действиям с целью возмещения материального ущерба, можно отнести следующие.

Обращение в суд с целью взыскания средств в качестве компенсации за материальный ущерб. Данный способ является традиционным. Другое подход — это пользование услугами специализированных компаний, занимающихся отслеживанием фактов нарушений авторского права. Данные компании производят активный мониторинг Интернет-пространства, осуществляют поиск конкретных правонарушителей, обращаются в суд от лица правообладателей, обращаются к Интернет-провайдерам и собственникам сайтов с требованием запретить доступ к объекту интеллектуальной деятельности и многое другое.

Осуществлять активный контроль за соблюдением авторских прав может и сам правообладатель, но иногда этим может неожиданно заняться какая-нибудь крупная корпорация. Например, компания *Google* в конце 2013 г. на одном из своих ключевых сервисов *Youtube.com* изменила политику в области авторского права следующим образом. Ранее правила пользования сервисом позволяли пользователям размещать видеоматериалы на своем сайте, полученные, например, при прохождении той или иной компьютерной игры. Если ролик набирал достаточную популярность и на нем была размещена реклама, которую сам сервис предлагал размещать, то денежные средства направлялись автору прохождения. По новым же правилам все денежные средства, полученные от рекламы продуктов, у которых есть законный правообладатель, должны направляться этому правообладателю.

Вероятно, многие IT-компании, приобретающие популярность при помощи пользовательского контента, оказались в весьма противоречивом положении из-за такого поведения корпорации *Google*.

Таким образом, современные способы защиты авторских прав в сети Интернет основываются не столько на юридической доминанте, сколько на активном использовании технических инструментов, дающих куда более четкую гарантию правообладателям, что их статус не будет нарушен.

С другой стороны, тотальное преследование фактов нарушения авторского права вкупе с объективным и незлонамеренным желанием людей делиться информацией может привести к замедлению развития IT-индустрии и усилению движения противников авторского права. У последних, как было сказано выше, уже есть как минимум один действенный инструмент — социальный заказ в форме народного финансирования.

О МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЕ ПРАВ ИЗГОТОВИТЕЛЕЙ ФОНОГРАММ

Марина Третьякова*

Аннотация. В статье рассматриваются международно-правовые акты в области охраны прав изготовителей фонограмм в их хронологической последовательности. Обращено внимание на принципиальные положения международных источников в области охраны смежных прав, в частности прав изготовителей фонограмм. Анализируются впервые закрепленные на международном уровне понятия «фонограмма» и «изготовитель фонограммы», а также их трактовка на современном этапе. Непосредственное внимание уделено конкретным правам изготовителей фонограмм, допустимому сроку их охраны.

Ключевые слова: изготовитель фонограммы, смежные права, охрана смежных прав, фонограмма, права изготовителя фонограмм, срок охраны прав изготовителей фонограмм.

ON THE INTERNATIONAL LAW PROTECTION OF SOUND RECORDS MANUFACTURE'S RIGHTS

Marina Tretjakova*

* Студентка 3 курса ВГУ.

*3rd year student, Law faculty, VSU.

Abstract. The article deals with international law acts in the sphere of rights of sound records manufacture protection, which are disposed chronologically. Special attention is also paid to the doctrine of international law sources in the sphere of allied rights protection. Terms “sound record” and “sound records manufacture”, which are for the first time formalized in the international act, are also analyzed, as well as their contemporary representation. The article is also devoted to definite rights of sound records manufacture and the time of their protection.

Keywords: sound records manufacture, allied rights, protection of allied rights, sound record, rights of sound records manufacture, time of sound records manufacture rights protection.

Изготовитель фонограммы является одним из субъектов смежных прав, который обладает исключительными правами в отношении такого результата интеллектуальной деятельности как фонограмма. Охрана прав данных субъектов не менее важна, чем охрана авторских прав, поэтому на международном уровне было принято значительное число соглашений, касающихся данной сферы¹.

Первым международным договором, регулирующим правовой статус изготовителей фонограмм, стала Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 26 октября 1961 г.)², которая и по настоящее время

¹ См. подробнее: Бирюков П. Н. Право интеллектуальной собственности: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2014.

² URL: <http://base.garant.ru/2540353> (дата обращения: 20.03.2014).

является одним из важнейших международных актов в области охраны смежных прав. На сегодняшний день участниками конвенции являются 92 государства, в том числе и Российская Федерация³.

Самым главным достоинством данной Конвенции является то, что она впервые закрепила основополагающие понятия, такие как фонограмма и, соответственно, изготовитель фонограммы.

Так, согласно ст.3 Конвенции «фонограмма» означает любую исключительно звуковую запись звуков исполнения или других звуков; под «изготовителем фонограммы» понимается гражданин или юридическое лицо, которые первыми записывают звуки исполнения или другие звуки.

Как видно, данные определения являются довольно широкими по своему содержанию, и в момент принятия этого международного акта они отвечали реалиям того времени, но в последствии, когда технологии усовершенствуются и развиваются с огромной скоростью, необходимо их более конкретизировать, что, кстати, после и было сделано.

Поскольку деятельность изготовителей фонограмм и других субъектов смежных прав непосредственным образом связана с авторскими правами, то Римская конвенция в самой первой статье устанавливает, что предоставляемая охрана не затрагивает и не наносит никакого ущерба охране авторских прав на литературные и художественные произведения, и толкование ее положений, соответственно, никоим образом не должно наносить им ущерба.

³ URL: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17 (дата обращения: 20.03.2014).

Действие же Римской конвенции построено на 2 принципах охраны смежных прав:

1. Принцип предоставления национального режима охраны смежных прав, который заключается в том, что каждое государство, участвующее в данной Конвенции обязано предоставить иностранным изготовителям фонограмм, а также исполнителям и вещательным организациям такие же права и их охрану, которые они предоставляют своим собственным гражданам по внутреннему законодательству, причем независимо от того, предоставляют ли такую же охрану иностранные государства.

При этом следует подчеркнуть, что Международная конвенция по охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм, вещательных организаций предоставляет изготовителям фонограмм национальный режим охраны исходя из следующих критериев:

а) критерий гражданства изготовителя — изготовитель фонограммы является гражданином другого Договаривающегося Государства;

б) критерий места первой записи — первая запись звука осуществлена в другом Договаривающемся Государстве;

с) критерий места публикации — фонограмма впервые опубликована в другом Договаривающемся Государстве.

В отношении критерия места первого опубликования фонограммы ст. 5 Римской конвенции содержит специальное правило, согласно которому если в течение 30 дней с момента первой публикации в государстве, не являющемся членом Конвенции, фонограмма была впервые опубликована и в Договаривающемся государстве, так

называемая одновременная публикация, то считается, что она впервые опубликована в Договариваемом государстве.

Любому участнику Римской конвенции предоставляется возможность путем направления специального уведомления Генеральному Секретарю ООН сделать оговорку к рассмотренным выше положениям Римской конвенции, позволяющую отказаться от применения либо критерия места первого опубликования, либо критерия места первой записи звуков, чем воспользовалась, например, Российская Федерация в отношении последнего критерия⁴.

2. Принцип установления минимально допустимого уровня охраны прав. Данный принцип означает, что договаривающиеся государства обязаны гарантированно предоставить права изготовителям фонограмм и другим обладателям смежных прав из других стран, которые закреплены в Конвенции.

Говоря о правах, предоставляемых Конвенцией, то изготовители фонограмм, в частности, имеют право разрешать или запрещать прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм, право на получение справедливого вознаграждения. Важным аспектом, освещенным в Конвенции, является срок охраны прав изготовителей фонограмм — не менее 20 лет, исчисляемых с конца года, в котором была осуществлена запись фонограммы.

Следующим шагом в охране фонограмм на международном уровне было принятие Конвенции об охране интересов производителей

⁴ Приложение к постановлению Правительства РФ от 20 декабря 2002 г. N 908.// http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_40115 (дата обращения 20.03.2014).

фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женева, 29 октября 1971 г.)⁵.

В качестве основной характеристики данной Конвенции следует отметить, что она содержит, по большому счету, лишь процессуальные нормы, а не материальные, которые только обязывают государства принять меры по охране прав производителей фонограмм. Причем те меры, способствующие охране фонограмм, о которых идет речь в данной Конвенции, носят неопределенный характер и отдаются на полное усмотрение государств — участников. Это, по мнению создателей Конвенции, должно было способствовать скорейшему присоединению большинства стран, имеющих довольно разнообразные подходы к законодательному регулированию различных вопросов общественной жизни, в том числе и интеллектуальной деятельности.

Таким образом, Женевская конвенция не называет конкретных способов охраны прав производителей фонограмм, она лишь задает цель — эффективная борьба с изготовлением и распространением «пиратских» экземпляров фонограмм. Кроме того, а ней идентичным образом по сравнению с Римской конвенцией даны понятия «фонограммы» и «изготовителя фонограммы». Срок охраны так же 20 лет.

С гордостью хочется отметить, что данная Конвенция является одним из первых международных актов в области охраны авторских и смежных прав, официальные оригиналы которых содержали текст на русском языке наряду с английским, испанским и французским языками.

⁵ URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=5036> (дата обращения: 20.03.2014).

Не менее важным источником в области охраны смежных прав является Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники (Брюссель, 21 мая 1974 г.)⁶, основной целью которой является защита от несанкционированного распространения несущих программы сигналов без соответствующего разрешения. Поскольку этот акт представляет собой особый вид международного соглашения, который не характерен для сферы авторского и смежных прав, достаточно сказать лишь о том, что она направлена на обеспечение охраны интересов производителей фонограмм и других обладателей авторских и смежных прав в условиях развития средств спутниковой связи.

Еще одним источником международной охраны смежных прав является Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав (Москва, 24 сентября 1993 г.)⁷, заключенное в рамках СНГ, участниками которого являются 12 государств, включая Российскую Федерацию.

Это соглашение весьма небольшое по объему и направлено на выполнение государствами — участниками СНГ международных обязательств в интеллектуальной сфере. В связи с этим государства обязуются разработать и принять законопроекты, которые бы полностью соответствовали международным актам в области охраны авторских и смежных прав, создать национальные авторско-правовые организации и решить вопрос об избежании двойного налогообложения авторского и иного вознаграждения.

⁶ URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/brussels/brussels.html> (дата обращения: 20.03.2014).

⁷ URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=5865> (дата обращения: 20.03.2014).

Следует отметить, что существует специальная организация в области охраны интеллектуальной собственности — Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)⁸. Она является специализированным учреждением ООН и насчитывает 186 государств, т.е. более 90 % стран мира. СССР стал членом ВОИС в 1968 г. и Российская Федерация продолжила членство в этой международной организации⁹.

Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г.)¹⁰ имеет в основном организационный характер, более значителен в области охраны фонограмм является Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (Женева, 20 декабря 1996 г.)¹¹. Понятие «производитель фонограммы», которое дается в статье 2 данного Договора отличается от закрепленного в Римской конвенции; теперь «производитель фонограммы» означает физическое или юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и несет ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков, либо отображений звуков. Под «фонограммой» же понимается запись звуков исполнения или других звуков, либо отображения звуков, кроме звуков в форме записи, включенной в кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение. На основе этого можно сделать вывод о том, что данные определения являются более емкими и приближенными к современным реалиям.

⁸ Официальный сайт Всемирной организации интеллектуальной собственности // URL: <http://www.wipo.int> (дата обращения: 20.03.2014).

⁹ Бирюков П. Н. Международное право: учебник для вузов. М.: Юрайт, 2013. Глава 14.

¹⁰ URL: http://www.wipo.int/treaties/ru/convention/trtdocs_wo029.html (дата обращения: 20.03.2014).

¹¹ URL: <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wppt/wppt.html> (дата обращения: 20.03.2014).

Договор закрепляет довольно обширные права производителей фонограмм, в частности право на прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм любым образом и в любой форме, право на доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих фонограмм посредством продажи или иной передачи права собственности, право на коммерческий прокат, право сделать фонограмму доступной, а также довольно детально регламентировано право производителей фонограмм на вознаграждение за эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения.

Своеобразным новшеством является и увеличение допустимого срока охраны прав производителей фонограмм — 50 лет после года опубликования фонограммы или 50 лет после года записи фонограммы в том случае, если она не была опубликована в течение 50 лет после ее записи.

Кроме того, договор значительное внимание уделил проблеме технического обеспечения прав, поэтому государства должны предусмотреть соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств, используемых производителями фонограмм в связи с осуществлением своих прав по Договору и ограничивающих действия в отношении их фонограмм, которые не разрешены производителями фонограмм или не допускаются законом.

При всем многообразии международных актов в области охраны прав производителей фонограмм, следует отметить, что они лишь гарантируют тот минимум, который должен предоставляться каждым

государством, однако вопросы защиты нарушенных прав регулируются внутренним законодательством отдельных стран.

ЦЕНТР ЕВРОПЕЙСКОГО И МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА ВГУ

В мае 2014 года в Воронежском госуниверситете создан Центр европейского и международного права.

Задачи Центра: а) реализация проекта “TEMPUS InterEULawEast”; б) осуществление других проектов; в) повышение осведомленности о нормах европейского и международного права; г) исследование права иностранных государств; д) поддержка российских ученых в изучении международного, европейского и иностранного права; е) развитие дистанционного образования и электронных образовательных технологий в ВГУ.

Центр содействует студентам, магистрам, аспирантам и молодым исследователям в осуществлении проектов по международному и европейскому праву, сравнительному правоведению, праву зарубежных государств.

Центр оказывает следующие услуги: консультирование и научное руководство, предоставление доступа к зарубежным каталогам статей, индексам цитирования и справочно-правовым системам, помощь в поиске необходимой литературы, методологическая помощь. Центр также предоставляет помощь в публикации результатов исследований, используя для этого как ресурсы юридического факультета ВГУ, включая выходящие раз в квартал «Международно-правовые чтения», так и иные российские и зарубежные издания.

Важной составляющей деятельности центра являются программы магистратуры «Бизнес и право», «Европейское и международное право» с выдачей двойных дипломов. В настоящее время такие договорённости

существуют с университетами Словении, Хорватии. Ведутся переговоры о заключении соответствующих соглашений с вузами Словакии, Франции, Чехии, Швейцарии. В рамках реализации программ двойных дипломов в ВГУ привлекаются зарубежные лекторы.

В Центре проводятся методологические семинары по основам междисциплинарных исследований, сбору и анализу эмпирических данных в сфере правоприменения.

Важным направлением деятельности является консультирование, а также содействие в оформлении академических стажировок.

Центр европейского и международного права расположен в корпусе юридического факультета ВГУ (Корпус № 9 ВГУ, площадь Ленина, 10а), каб. 717 (кафедра международного и европейского права). Тел. (473)-255-84-92. Сайт: www.intlawvsu.ru.

ИНСТРУКЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ

Научные статьи принимаются для опубликования на кафедре международного и европейского права ВГУ (ответственный редактор — профессор, д.ю.н., П. Н. Бирюков или ответственный секретарь — доцент, к. ю. н., Д. В. Галушко). Также статьи можно направить по адресу: [intlav-vsuv@yandex.ru](mailto:intlaw-vsuv@yandex.ru).

В целом к статьям предъявляются следующие требования:

1. Текст статьи должен быть предоставлен в электронном виде, на любом носителе или по электронной почте. Название файла должно содержать Ф.И.О. автора и название представляемой работы (например: Иванов И. И.-Европейский Союз.doc).

2. Сведения об авторе (соавторах) приводятся с полным указанием его (их) данных (Ф.И.О., учёное звание, учёная степень, место работы/учёбы). Текст должен также содержать аннотацию к статье и ключевые слова. Аннотация к статье не должна быть меньше 500 знаков.

3. Названия статьи, аннотации к статье, ключевых слов и сведений об авторе должны быть переведены на английский язык. Настоятельно просим вас уделить особое внимание этому пункту.

4. Для организации обратной связи мы просим указать в тексте статьи координаты автора (e-mail, номер телефона).

5. Текст представляется в формате файла с расширением .doc, шрифтом Times New Roman 14 кегля с интервалом 1,5; все поля на листе должны составлять по 2 сантиметра; сноски оформляются 10-м шрифтом.

6. Сноски указываются внизу каждой страницы. Сноски должны быть оформлены с соблюдением установленных библиографических правил.

INSTRUCTIONS FOR MANUSCRIPT SUBMISSION

Papers are accepted for publication on the Department of International and European law, VSU (By editor-in-chief—professor Pavel Biriukov or by executive editor—Dmitriy Galushko). Articles can be also sent to our e-mail: [intl@law-vs@yandex.ru](mailto:intlaw-vs@yandex.ru).

All-in-all the following requirements are applicable to the materials for publication:

1. Article`s text as an electronic document on any carrier or by e-mail. The file name should contain the author's NAME and the title of the represented article (for example: Ivanov I. I.-European Union.doc).

2. Information about the author (co-authors) with the full information of his/their data (including academic degrees, ranks and workplace), abstract, key words. Article`s abstract should not be less than 500 characters.

3. Translation of the article`s title, abstract of the article, keywords, and information about the author on the English language. We ask you to pay special attention to this point.

4. Coordinates of the author for the organization of feedback (telephone number, e-mail).

5. The text is presented in a format file with a .doc extension, font—Times New Roman, font size—14, interval—1,5, all the fields on the sheet amount to 2 centimeters; footnotes are issued 10th font.

6. Footnotes should be at the bottom of the page. Footnotes should be performed with observance of the established bibliographic rules.

Научное издание

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ЧТЕНИЯ

Выпуск 12

Доступно по адресам:

www.intern.law.vsu.ru/Международно-правовые_чтения_Выпуск_12.pdf

www.intern.law.vsu.ru/International_law_readings_Vol_12.pdf

Воронежский государственный университет.

394006, г. Воронеж, пл. им. Ленина, 10а.

Тел.: (473) 255-84-92; e-mail: [intlawnvsu@yandex.ru](mailto:intlaw-vsu@yandex.ru)