

**Воронежский государственный
университет**

**Кафедра международного
и европейского права**

**Международно-правовые
чтения**

Выпуск 13

**Воронеж
2014**

ВОРОНЕЖСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Кафедра международного и европейского права

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ЧТЕНИЯ

Выпуск 13

www.intlawvsu.ru

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

Воронеж

2014

VORONEZH STATE UNIVERSITY
Chair of International and European law

INTERNATIONAL LAW READINGS

Volume 13

www.intlawvsu.ru

[intlawnvsu@yandex.ru](mailto:intlaw-vsu@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. 2 (13). — 190 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. 2 (13). — 190 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-Айерленд — 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).

Йован Чирич — доктор наук, директор Белградского института сравнительного правоведения (Сербия).

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-Ireland—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).

Jovan Ćirić—PhD, director of the Institute of Comparative Law from Belgrade (Serbia).

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

Biriukov P.N. On the some types of European companies	14
Винникова Р.В. К вопросу об эффективности функционирования европейской системы защиты прав человека	30
Воробьев М.В. Особенности правового статуса Крыма и Севастополя в таможенном союзе	51
Данельян А.А. Правовое регулирование международных экономических отношений: современные проблемы и тенденции	58
Klyuchnikov A.Yu. Legal and political transformation determinants of the Russian Federation judicial system	77
Мыльникова И.Ю. Некоторые аспекты понятия публичного порядка как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений	86
Пронин А.В. Общая характеристика права КНДР	98

ЧАСТЬ II. Колонка зарубежного автора

Гончар Т.М. Особенности правовой охраны промышленных образцов в Европейском Союзе.	107
Polunina T. Registration of maritime mortgages: optionality or necessity?	116
Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam	130

ЧАСТЬ III. Трибуна молодых учёных

Петро С. Государственный механизм Албании	140
Сорокина К.В. Проблемы регулирования правоотношений в сфере интернета за рубежом	149
Клаудио. Д. Исполнительная власть Мадагаскара	159
Халапян Е.А. Чешская государственная гражданская служба: правовые основы и система	167
<i>Правила оформления статей</i>	187

CONTENTS

PART I. International and European law

Biriukov P.N. On the some types of European companies	14
Vinnikova R.V. To the question on the effectiveness of the functioning of the European system of human rights protection	30
Vorobjev M.V. Legal status of Crimea and Sevastopol in the Customs union	51
Danelyan A.A. Legal regulation of international economic relations: contemporary issues and trends	58
Klyuchnikov A.Yu. Legal and political transformation determinants of the Russian Federation judicial system	77
Mylnikova I. Yu. Some aspects of public policy definition's as a ground for refusal of recognition and enforcement of foreign arbitral awards	86
Pronin A.V. Introduction into the DPRK law studies	98

PART II. Column of foreign authors.

Gonchar T.M. Features of legal protection of industrial design in the European Union	107
Polunina T. Registration of maritime mortgages: optionality or necessity?	116
Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam	130

PART III. The tribune of young scientists

Petro S. The state mechanism of Albania	140
Sorokina K.V. International internet-regulation of legal practice in the field of intellectual property	149
Claudio J. The executive power of Madagascar	159
Halapyan E.A. Czech civil service: the legal framework and system	167
<i>Instructions for Manuscript Submission</i>	189

ЧАСТЬ I. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

ON THE SOME TYPES OF EUROPEAN COMPANIES

PAVEL BIRIUKOV*

Abstract. The author explores the various ways of the unification of EU law in the field of the legal status of company. In the article focuses on the various aspects of the right of establishment of EU legal entities. The author focuses on the EU documents in the field of entertainment.

Keywords: EU law; freedom of establishment; legal entities in the EU; European Economic Interest Grouping; European Company; European Cooperative Society; European Private Company; harmonization of company law of EU members-countries.

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

* Doctor of law, professor, head of the chair of international and European law of the Voronezh State University

member countries, enjoy the freedom of establishment equally to citizens of European Union.

1. The European Economic Interest Grouping (EEIG)

Simultaneously with the development projects of the first directives on commercial partnerships in 1974, the Commission made a proposal to grant legal status to a special kind of legal entity, which received the name the European economic interest grouping. Appropriate regulatory act was passed in 1985 in the form of Council Regulation¹ containing EEIG statute and entered into force in August 1989. This Regulation meets the need for the harmonious development of economic activity throughout the EU and the establishment of a common market offering conditions analogous to those of a national market. To achieve this, and alleviate the legal, fiscal and psychological difficulties encountered by natural persons, companies, firms and other bodies in cooperating across borders, the EU decided to create a suitable legal instrument at Community level in the form of a European Economic Interest Grouping.

Legal form of the EEIG was not an invention of the European Commission. It was based and substantially copied from the model of the existing in French law association with common economic goal, which can be formed by two or more enterprises in order to simplify economic activities by pooling resources and knowledge.

The goal of a new type of business entity at supranational level creation is to facilitate and encourage cross-border economic cooperation within the

¹ Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG) // URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/;ELX_SESSIONID=dQCnTyJB0Z5K3W3HTSk9RQGQ9PJ8p9wTdwpQpbrJrvpf88JWPtfG!806449009?uri=CELEX:31985R2137

common market. For companies, located in different countries, in particular for small and medium-sized, aimed at in-depth cooperation, joint venture or a full merger may be too complicated and expensive. In this case, the form of the European economic interest grouping is the best way for establishing cross-border relations and close cooperation. The EEIG form allows businesses to consolidate efforts to achieve this goal without loss of autonomy.

An example of the European economic interest grouping can be a network of “Multi-Poles EEIG”. The association was converted from established under the auspices of the European Commission structure for innovation and technological exchange. It unites organizations in research, investments into high-tech development, engineering, legal protection of intellectual property and licensing trade in the EU. However, using the IIEG form even smaller economic actors, such as lawyers, can combine their efforts.

The EEIGs activity should be linked with the economic activities of its members, but in no case should completely replace it—otherwise it will be a joint venture. Association may be aimed at achieving an economic goal of participants, which is, for example, in the marketing of goods, joint scientific research, addressing emerging legal issues. The purpose of the grouping is to facilitate or develop the economic activities of its members by a pooling of resources, activities or skills. This will produce better results than the members acting alone. It is not intended that the grouping should make profits for itself. If it does make any profits, they will be apportioned among the members and taxed accordingly. Its activities must be related to the economic activities of its members, but cannot replace them. An EEIG cannot employ more than 500 persons. In EEIG can be formed by companies, firms and other legal entities governed by public or private law which have been formed in accordance with the law of a Member State and which have their registered

office in the European Union (EU). It can also be formed by individuals carrying on an industrial, commercial, craft or agricultural activity or providing professional or other services in the EU. An EEIG must have at least two members from different Member States.

The European economic interest grouping is not a commercial organization and shouldn't be aimed at making a profit. If his work is still profitable, this profit should be distributed among the participants. Moreover, the EEIG is not entitled to management control over the activities of its members, or other enterprises, and being a holder shares of its participants. Thus, this form can't be used to create a holding company. Finally, the property relations between the Association and its director are very limited.

The EEIG participants may be legal entities established under the laws of the Member States and located in the European Union, as well as individuals—businessmen and other self-employed persons. It is necessary to participants to originate from at least two different Member States to Association get European character and to become a subject to the rules of the Statute.

The subjects of law of non-Member States of the European Union, cannot be members of the EEC. The exception is the States participating in the agreement on the European economic area (Iceland, Norway and Liechtenstein), the subjects of law of which may, equally with the Member States of the EU establish the European unions with a common economic purpose and participate in their activities.

The issue of giving the EEC the status of a legal entity is left to the discretion of the national legislator. This decision seems fair, taking into account that the legal system of the European Union does not imply the appearance of more of the subjects of private law—*sui generis*. The only source

which gives associations of persons and capital legal capacity, remains the national law of the Member States. However, EEC should throughout the European Union have the capacity to acquire rights and assume duties on their own behalf, conclude transactions and act as a plaintiff or respondent in court (p. 2 article 1 of the Statute of the EEIG)—i.e., in any case, it is a de facto legal personality.

An important factor that distinguishes EEC from a classic legal entity, is the property of 'Not-isolation'. Authorized capital of EEC remains the property of the participants, moreover, EEC can be established also without share capital. Finally, it has no right to attract investment and can be financed only by the participants (in the form of contributions or loans). The EEC at least two control centers are created: a general participants' meeting, as well as individual or collective executive body. The executive body is EEC in relations with third parties and has the right to take, on its behalf, the rights and obligations within the general purpose for which the EEC had been created.

It is important to keep in mind that the founders of the EEC have the unlimited and joint responsibility for the obligations of any nature (art. 24 of the regulation). This provision of the Statute is the result of the lack of any requirements to the capital of the EEC and is intended to protect the rights of the creditors of the EEC. EEC gains and losses are shared between the participants into the proportions laid down in the Charter. In the absence of such stipulation in the Charter shares of the participants are considered equal. The European Union with a common economic purpose is not subject to taxation: the financial results of activities relate directly to the EEC, and pay taxes in the usual manner.

Memorandum of EEC is subject to registration in the State where the EEC is located, whereby the legal address of the Community must be located on the

territory of the European Union. It can be transported from one State to another with the minimum of formalities, which distinguishes the new formation from classical legal entities, the cross-border movement of which is very difficult, and sometimes impossible. The information on the establishment and dissolution of each EEC is published in the official journal of the European communities.

Since EEC is a supranational entity, the main source of law for it is considered to be the Regulation, mentioned above, containing the Statute of the EEC. However, some special issues are left to the regulation at the national level, as it is mentioned in the Statute. In the Member States the legislative acts are taken, which add the provisions of the Statute on the questions like: the procedure for registration of EEC, the requirements to the managers, compulsory audit, provisions on the liquidation of the Community.

The project of the establishment of the supranational union of legal entities governed by the law of the European Union, has brought success, and the activities of the European Commission aims to further increase such associations in the EU economy. So, in 1997, the commission noticed that although during the eight years the European Union has created more than 800 associations with a common economic purpose, this form of cooperation is still not widely used by european enterprises. The commission noticed the positive features of the EEC, as the Pan-European nature, flexibility and transparency, and pointed out that they pretend to be a very suitable instrument for the realization of the programs of financing from the budget of the Union and the Member States.

2. The European Company

Harmonization of national legal system carried out according with art. 44 of Treaty on European Union has remained incomplete: a draft of Fifth Directive of EU contained detailed regulation of joint stock companies' organization and activity, hasn't been endorsed. However, this work on the approximation of legal systems of the member states doesn't relieve the European business from having to choose a particular legal system, according to which a joint stock company is established.

So, the idea is in addition to creating economic unity to ensure legal unity in EU. European businessmen should get an ability to work in legal form unified for the whole community and not dependent on differences in national norms. In 1970, the Commission proposed to adopt a new statute of supranational legal entity—SE. Due to insurmountable differences on the participation of employees in the enterprise management in 1989 it was decided to divide the document into two offers, expunge from regulations these disputable issues, which need to be governed by separate directive.

Adoption of regulations on the SE in the early 1990s was fraught with great difficulties, but the results of further work, first of all, on the issue of the draft directive, were approved by the Heads of State and Governments of the member states in December, 2000 at the meeting of European the Council in Nice. The Council Regulation on the Statute for a European Company 2001² is an EU Regulation containing the rules for a public EU company, called European Company (SE)³. The legal basis for the enactment of regulations is Article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union (formerly Article 249 TEC). Article 288 Treaty says: “To exercise the Union's

² Council Regulation (EC) № 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) // OJ L 294. 10.11.2001. P. 1 — 21.

³ Societas Europaea — latin.

competences, the institutions shall adopt regulations, directives, decisions, recommendations and opinions. A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States". It is provided triennial period to prepare coming into force: Regulations come into force only in October 8, 2004.

Restructuring and cooperation operations involving companies from different Member States give rise to legal and psychological difficulties and tax problems. The approximation of Member States' company law by means of Directives based on Article 44 of the Treaty can overcome some of those difficulties. Such approximation does not, however, release companies governed by different legal systems from the obligation to choose a form of company governed by a particular national law. The legal framework within which business must be carried on in the Community is still based largely on national laws and therefore no longer corresponds to the economic framework within which it must develop if the objectives set out in Article 18 of the Treaty are to be achieved. That situation forms a considerable obstacle to the creation of groups of companies from different Member States. Member States are obliged to ensure that the provisions applicable to European companies under this Regulation do not result either in discrimination arising out of unjustified different treatment of European companies compared with public limited-liability companies or in disproportionate restrictions on the formation of a European company or on the transfer of its registered office. It is essential to ensure as far as possible that the economic unit and the legal unit of business in the Community coincide. For that purpose, provision should be made for the creation, side by side with companies governed by a particular national law, of companies formed and carrying on business under the law created by a Community Regulation directly applicable in all Member States.

Statute of SE was substantially reduced in volume. On the one hand, the reason is that corporate law of EU has advanced considerably since the beginning of the 70s that allows referring to the national regulation of joint stock companies on issues that have already been harmonized by directives. On the other hand, a number of problematic issues were excluded from the object of regulation of the statute due to failure to achieve them universal compromise between member states to date. Primarily, it applies to taxation issues which are beyond the scope of SE Regulations.

As a general rule (p. 1.3 Regulation of Statute), SE is referred to as a normal joint stock company established under the laws of the country of registration of JSC. At the same time a hierarchy of standard acts regulating activity of SE is established: Statute of SE; in the cases mentioned in the Statute—the Article of a proper SE; provisions of national law adopted pursuant to EU directives in the field of corporate law; other national legislation on JSC; other provisions of the relevant Article.

Exceptions to this rule include norms of specific national legislation, which are applicable to SE like to an ordinary JSC, incorporated in particular state, for example, on issues of licensing of certain kinds of activity. Regulations fix four ways to create SE: association of joint stock companies; creation of the holding on the basis of trade limited liability partnerships; establishment of a joint subsidiary by legal entities; transformation of existing joint stock company into the SE.

To create SE requires that all the legal entities combined in this form or establishing the SE were established in accordance with the laws of member states, were registered in the respective countries and their head offices were located in the EU. The admission to participate in the SE legal entities registered in the EU and having a stable relationship with the common market,

if their head offices are located in other countries left to national legislation (p. 5.2 Regulation of Statute).

Besides, to make JSC pan-european, its participants must be registered, at least, in two member states or must have two years of a subsidiary or branch in another member state. European character of SE is emphasized by the corporate name that no matter in what language it provides must contain the abbreviation SE.

As in the case of any limited liability partnership creditors' claims are collateralized by property of SE. So, Statute provides for a considerable minimal authorized capital: at least 120 000 euros (whereas for domestic trade associations Second directive set the bar four times lower). SE as well as SE must be registered at the location and legal address must match the location of the head office.

The major advantage of the new form of trade associations besides uniform legal status is a simplified procedure for trans-boundary transfer SE' place of registration within the Community without changing the legal entity. In accordance with the requirements specified by the Regulations (art. 8) such transfer is obligatory. Exceptions include tax and other public obligations which are determined by national legislation and must be performed before the transfer of place of registration. Furthermore, a special attention is given to the proper observance of the rights of minority shareholders and creditors of EAO.

One of the most interesting provisions of the statute is the question of its controls. The compromise is that the founders can choose the type of internal organization of EAO by between two-sectional and three-sectional management systems. We can remind that the differences between the Member States on this issue prevented to adopt the draft Fifth directive.

Statute of SE complains besides provisions general rules of institution, separately for four models (art. 15-37 Regulation), as well as provisions governing the two-sectional and three-sectional management structure (art. 38-60 Regulation). Norms of annual and consolidated financial statement of SE has only reference nature. Moreover, separate provisions on termination of SE are included, but Regulations don't control bankruptcy questions.

Adoption of the statute SE allows counting on realization of the idea of European Corporate Association, which has more than 40 years history. Owing to ECA the trade unions in EU for the first time got a chance to free trans-boundary merging and movement at the territory of the Cooperation, what became a one more step to strengthening of common free market zone within the framework of EU.

3. The European Cooperative Association

The same opportunities dispose also the Cooperative organizations, which from now have a right to be establishes and reorganized on the whole territory of EU in the form of European Cooperative Association (SCE). A law status of this new organizational and legal form of entities is defined by analogy with ECA. The SCE is based on the law of the Community. This is in accordance with an act of European secondary law. The EEA-wide laws governing the SCE legal form consist of two pieces of EU legislation: Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE)⁴ which established the SCE legal form. Council Directive 2003/72/EC⁵ of 22 July 2003 supplementing the Statute for a

⁴ Council Regulation (EC) № 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) // OJ L 207. 18.8.2003. P. 1–24.

⁵ Council Directive 2003/72/EC of 22 July 2003 supplementing the Statute for a European Cooperative Society with regard to the involvement of employees // OJ L 207. 18.8.2003. P. 25–36.

European Cooperative Society with regard to the involvement of employees which sets out rules about representation and involvement of employees in European Cooperative Societies. A European cooperative society (hereinafter referred to as "SCE") should have as its principal object the satisfaction of its members' needs and/or the development of their economic and/or social activities, in compliance with the following principles: a) its activities should be conducted for the mutual benefit of the members so that each member benefits from the activities of the SCE in accordance with his/her participation, b) members of the SCE should also be customers, employees or suppliers or should be otherwise involved in the activities of the SCE, c) control should be vested equally in members, although weighted voting may be allowed, in order to reflect each member's contribution to the SCE, d) there should be limited interest on loan and share capital, e) profits should be distributed according to business done with the SCE or retained to meet the needs of members, f) there should be no artificial restrictions on membership, g) net assets and reserves should be distributed on winding-up according to the principle of disinterested distribution, that is to say to another cooperative body pursuing similar aims or general interest purposes.

The legislation of European Union about SCE, adopted in 2003, includes two normative acts: the statute SCE (in the format of regulations of EU) and the directive, which adds to the statute the rules on the questions of participation of workers in administration. On the other questions to the European Cooperative Association, like ECA, the regulations of legislation of a state-member, where SCE is established, and the rules of its own regulations are liable to application.

Considering the peculiarities of cooperative organizational and legal form, the statute SCE determines lower than in ECA a minimum rate of

authorized capital (30 000 Euros) and a little bit different ways of creation (article 2): a) establishment at least by five individuals, living in two different state-members; b) establishment at least by five individuals and legal entities, living or registered in two or more state-members; c) establishment by legal entities from two and more or less different state-members; d) merging of cooperatives from two and more or less different state-members; e) transformation of a national cooperative of a state-member, disposing of institution or subsidiary organization in the other state-member for at least two years.

So we can see that European Cooperative Associations, as well as European Corporate Associations, in any case must be transnational corporations that combine economic entities from different Member States of the European Union

4. Some EU plans relative the development of company law

The supranational forms of legal persons accepted in the EU are not exclusive projects. At the beginning of 1990-s European Commission developed a variety of new kinds of supranational legal entities whose activity was supposed to be aimed at the implementation of EU-shared tasks connected with both trade development and the social policy sphere. The issue is projects of statutes of such juridical bodies as European association and European mutual society.

Employee involvement was chosen as the main imperative for the new forms of juridical persons. At the level of member-states' legislation this problem, firstly developed in the Germany law, found its resolution in the Directive on European works councils N° 94/95 adopted in 1994.

For each of two non-commercial supranational legal persons the Commission introduced regulation and guideline projects, the former containing the statute of relevant organization and the latter relating to employee encouraging. As in the case of EEIG project approval, disagreement about the issue, which the suitable guidelines were related to, became a roadblock on the way to the realization of the projects.

The relevant legislation procedures were frozen in 1993. Nevertheless the process of approval of these kinds of European legal persons' statutes may be continued in years to come as consisted with the new agenda in the sphere of company law prepared by the Commission in 2003⁶.

In the report mentioned the Commission envisaged the possibility to prepare the statute of one more supranational organizational legal form of entities dedicated to small and medium-sized businesses—"European Private Society"⁷. In its attributes this form, if created, will correspond to the limited responsibility societies known in Russia and many European states.

The main objective of the initiative on the European Private Company Statute is to help small and medium-sized enterprises (SMEs) to extend their business to other Member States and reap the benefits of the Internal Market. The SPE Statute was identified as one of the mid-term measures foreseen in the EU Company Law and Corporate Governance Action Plan adopted in 2003 and was given considerable support in a subsequent public consultation on the future of the Action Plan. In February 2007, the European Parliament adopted a resolution requesting the Commission to draw up a uniform Statute for a European Private Company. Recommendations as to the possible content of

⁶ Commission Report from the 21st of May, 2003 "Commercial partnership law modernization and corporate management improvement"

⁷ *Societas Privata Europaea* — latin.

the Statute are annexed to the Resolution (2006/2013(INI))⁸. In July 2007, the Commission published a questionnaire on the problems companies—in particular SMEs—face when conducting cross-border business in the EU and on the content of the Statute.

The European Commission has presented a proposal for a Statute on a European Private Company (“SPE”). This new company form will enable small- and medium-sized enterprises (SMEs) to do business throughout the EU, with the aim of cutting costs and encouraging growth in this area. The SPE has been designed to address the current onerous obligations on SMEs operating across borders, who need to set up subsidiaries in different company forms in every Member State in which they want to do business. In practical terms, the SPE would mean that SMEs can set up their company in the same form, no matter if they do business in their own Member State or in another. Opting for the SPE will save entrepreneurs time and money on legal advice, management and administration. The proposal will now be submitted to the European Parliament and Council.

The European Business Test Panel was consulted at the same time. On 2008 was held Conference on the European Private Company. Speakers will discuss the economic advantages of a new European company form dedicated to SMEs and the content of the future Statute. Some 120 participants from 24 Member States are expected to attend, representing businesses, public administrations, academic circles and advisory professions.

The European Private Company Statute forms part of a package of measures designed to assist SMEs, referred to as the Small Business Act for Europe (SBA)⁹. The objective of the SBA is to make it easier for SMEs to do

⁸ URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1146_en.doc

⁹ URL: http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/small-business-act/index_en.htm

business in the Single Market and consequently to improve their market performance. The SPE is one of the priority initiatives of the Commission's 2008 Work Programme.

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.

К ВОПРОСУ ОБ ЭФФЕКТИВНОСТИ ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ЕВРОПЕЙСКОЙ СИСТЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

РУШАНА ВИННИКОВА*

Аннотация. В данной статье рассматриваются: проблема исполнения постановлений Европейского суда по правам человека; факторы, способствующие успешному исполнению постановлений ЕСПЧ; эффективность функционирования европейской системы защиты прав человека; реформа европейской системы защиты прав человека; содержание Протоколов № 15 и № 16 к Европейской конвенции, устанавливающих новые изменения в процедуре работы Европейского суда по правам человека. Также в статье затронуты теоретические аспекты вопроса о правовой природе постановлений Европейского Суда, их место в правовой системе Российской Федерации.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, процедура пилотных постановлений.

TO THE QUESTION ON THE EFFECTIVENESS OF THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

* К.ю.н., доцент кафедры конституционного права и муниципального права Института права Челябинского государственного университета.

RUSHANA VINNIKOVA

Abstract. In this article considers: the problem of the execution of judgments of the European Court of Human Rights; factors contributing to the successful execution of judgments of the ECtHR; the effectiveness of the functioning of the European system of human rights protection; reforms of the European human rights protection system.

Keywords: The European Court of Human Rights, the European Convention on the protection of human rights and fundamental Freedoms system, the pilot-judgment procedure.

Содержание прав человека постоянно расширяется. Если говорить о нормативном содержании европейских конвенционных положений о правах человека, оно обновляется как за счет изменения текста самой Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 1950 года¹, так и по мере принятия Европейским судом решений при рассмотрении конкретных дел². Даже высказывается мнение, что прецедентная практика Европейского суда является источником российского права³.

¹ URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-001.htm>

² См. подробнее: Бирюков П. Н. Конституционно-правовой статус Европейской конвенции 1950 г. в Австрии, Испании и России // Реализация конституционных принципов в законодательстве на современном этапе: Материалы VII Международной научно-практической конференции, посвященной памяти академика В. Н. Кудрявцева (г. Белгород, 4-5 октября 2013 г.) — Белгород, 2013. С. 48-53; Biriukov P. On the Problem Execution of the European Court of Human Rights judgments // URL: http://onua.edu.ua/downloads/nauka/2_conference_about_implementation_practice_and_judgments_of_echr-articles.pdf

³ См., например: Волосюк П. В. Решения Европейского Суда по правам человека как источник уголовного права России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / П. В. Волосюк. Ставрополь, 2005. 172 с.;

Здесь следует не согласиться с данным тезисом. Обязательность решения Европейского суда для Российской Федерации не означает его превращения в одну из форм российского права⁴. Судебные акты международных судебных учреждений, включая постановления Европейского суда, не содержат норм российского права и, поэтому не являются источниками российского права, как говорится, по определению. Другое дело, что решения ЕСПЧ входят в правовую систему России, то есть могут и должны применяться при вынесении правоприменительных актов, в том числе судебных. В частности, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 21 от 27 июня 2013 г. установлено, что правовые позиции Европейского Суда, которые содержатся в окончательных постановлениях Суда, принятых в отношении Российской Федерации, являются обязательными для судов⁵. И в более раннем постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 5 от 10 октября 2003 г. было подчеркнуто, что применение судами Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней должно осуществляться с учётом практики ЕСПЧ во избежание любого нарушения Конвенции⁶.

А вот вопрос о том, являются ли акты Европейского суда источниками международного права, остается дискуссионным. Долгое время доминирующей в отечественной доктрине являлась точка зрения,

Метлова И. С. Решения Европейского Суда по правам человека в системе источников российского права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / И. С. Метлова. Москва, 2007. 190 с.

⁴ См. Бирюков П. Н. Международное право: учебник. М., 2013. С. 567.

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года» // URL: <http://www.rg.ru/2013/07/05/konvencia-dok.html>

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 г. №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международных договоров РФ» // URL: www.rg.ru/2003/12/02/pravo-doc.html

что ЕСПЧ занимается правоприменительной, а не правотворческой деятельностью, то есть применяет нормы, а не создает их. Следовательно, решения и постановления Страсбургского суда не содержат правовых норм и не могут выступать в качестве источников права⁷. Существует и противоположная позиция⁸.

Представляется, что решение ЕСПЧ принимает характер прецедентного, поскольку в нём содержится четко выраженное отношение Суда к определенным правовым вопросам по содержанию конкретных положений Европейской Конвенции.

С точки зрения правовой природы, судебный прецедент представляет собой «решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел, либо служащее примерным образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы»⁹.

Профессор М. Н. Марченко выделяет три основных модели прецедента: а) модель частной аналогии, б) нормоустанавливающая модель, в) третья модель. Суть последней заключается в том, что судебные решения, не имеющие в своем содержании общих норм, опираются на определенные правовые принципы, создают и поддерживают их, а также могут использоваться при рассмотрении аналогичных дел в будущем и для дальнейшего совершенствования правовой системы¹⁰.

⁷ Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 1998. С. 421.

⁸ Кучин М. В. Международный судебный прецедент как источник международного права // Международное право. 2001. № 1. С. 22-29; Кучин М. В. Прецедентное право Европейского суда по правам человека. Екатеринбург, 2004.

⁹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998. С. 301.

¹⁰ Марченко М.Н. Юридическая природа и характер решений Европейского суда по правам человека // Государство и право. 2006. № 2. С. 12.

В соответствии с классификацией М. Н. Марченко решения ЕСПЧ можно отнести к прецедентам третьей модели. Такие решения, являясь актами толкования, создают определённую направляющую судебную практику, а также конкретизируют и развивают общие принципы, лежащие в основе постановлений Страсбургского Суда.

Другими словами, решение ЕСПЧ является прецедентом толкования, который понимается как определение смысла правовой нормы судебным органом, которое должно быть учтено при рассмотрении дел по данной статье.

ЕСПЧ, по общему правилу, выносит решения, аналогичные уже состоявшимся, чем достигается единообразие, последовательность и определённость толкования Конвенции. Этот факт и позволяет говорить о прецедентном характере практически всех решений Суда. При этом Суд является единственным органом, который уполномочен официально толковать и разъяснять формулировки положений Конвенции и Протоколов к ней.

Споры относительно юридической природы прецедента, видимо, будут продолжаться, но, представляется, что ответ на этот вопрос для практики безразличен. Признание или непризнание решений ЕСПЧ источником международного права никаким образом не влияет на обязательность решений Суда для государств-участников Конвенции, включая Россию, так как эта обязательность обусловлена не юридической природой прецедента, а установлена международным договором.

Как известно, Россия является лидером по количеству поданных против нее жалоб. Согласно данным отчета ЕСПЧ за 2013 год, за

указанный период в отношении Российской Федерации было вынесено 129 постановлений, в 119 из них Россия была признана виновной в нарушении прав человека¹¹.

По мнению органов Совета Европы, большое число жалоб, поступающих в Суд, напрямую связано с проблемами исполнения постановлений Суда и имплементации Конвенции о защите прав человека и основных свобод в правовые системы государств¹². Работа по исполнению постановлений Суда ведется как на уровне Совета Европы, так и на национальном уровне.

На международном уровне разработку процедур, способствующих более быстрому и эффективному исполнению государствами постановлений Европейского суда, осуществляют Комитет министров Совета Европы, Парламентская ассамблея Совета Европы (ПАСЕ), Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская Комиссия), Комиссар по правам человека, Европейская комиссия по эффективности правосудия (СЕРЕЈ), Консультативный Совет прокуроров Европы (ССЕР) и Консультативный Совет европейских судей (ССЕЈ). Деятельность указанных и других международных органов способствует ускорению исполнения постановлений¹³.

Например, Венецианская Комиссия является признанным независимым форумом по обмену идеями в правовой сфере. Это консультативный орган Совета Европы, в состав которого входят

¹¹ URL: <http://roseurosud.org/novosti/78-statistika-evropejskogo-suda-za-2013>

¹² Resolution on Institutional and functional arrangements for the protection of human rights at national and European level, adopted at the European Ministerial Conference on Human Rights, held in Rome in November 2000 // www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Proceedings/Rome

¹³ Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2nd Annual Report of the Committee of Ministers of the Council of Europe. 2008. P.11-14.

независимые эксперты (преподаватели права, судьи конституционных судов, представители государственных органов и др.) Комиссия проводит сравнительные исследования, готовит заключения, представляет доклады по актуальным общеевропейским темам. В частности, по запросу ПАСЕ в связи с существованием двух региональных механизмов — Европейской конвенции и Конвенции СНГ об основных правах и свободах — подготовлено Заключение Венецианской Комиссии Совета Европы «О юридических проблемах, связанных с сосуществованием Европейской Конвенции по правам человека и Конвенции СНГ об основных правах и свободах человека»¹⁴.

В контексте исполнения постановлений Европейского суда Комиссия на основе анализа наиболее распространенных проблем разрабатывает рекомендации по решению этих проблем, дает экспертные оценки законодательным инициативам конкретных государств¹⁵.

Комитет Министров Совета Европы в соответствии с положениями Статьи 15.b Устава Совета Европы разрабатывает рекомендации национальным властям государств — участников, о выполнении которых государства по запросу Комитета Министров обязаны предоставить информацию. По рассматриваемой проблеме был принят ряд соответствующих рекомендаций, первая из которых — Рекомендация о пересмотре дел на национальном уровне после вынесения

¹⁴ Avis sur les problèmes juridiques de coulant de la coexistence de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la Communauté des Etats indépendants et de la Convention Européenne des droits de l'homme, CDL (1998)017f-restr

¹⁵ См., например, доклад Комиссии, посвященный средствам защиты от чрезмерной длительности судебных разбирательств: Report on the Effectiveness of National Remedies in respect of Excessive Length of Proceedings adopted at 69th Plenary Session of December 2006.

постановления ЕСПЧ — принята Комитетом Министров 19 января 2000 года¹⁶.

В соответствии с указанной Рекомендацией государства, включая Россию, приняли соответствующее законодательство, в котором предусмотрена возможность пересмотра уголовных дел, а в законодательстве примерно 40% государств — также возможность для пересмотра в гражданской и административной процедурах после вынесения Европейским Судом постановления¹⁷.

В 2004 году Комитетом Министров была вынесена Рекомендация «О применении положений Европейской Конвенции по Правам человека в университетском образовании и профессиональном обучении», о высшем образовании и профессиональной подготовке¹⁸, в которой Комитет призвал государства обеспечить адекватный уровень обучения европейским стандартам путем введения права ЕКПЧ в число обязательных курсов, а также путем включения компонентов, посвященных данной тематике, в общие курсы уголовного, гражданского права и процесса и других дисциплин при обучении юриспруденции. Стандарты ЕКПЧ также должны быть включены в квалификационные экзамены для судей, прокуроров, сотрудников правоохранительных органов, учреждений ограничения и лишения свободы, иммиграционных служб в соответствии с их практическими потребностями.

¹⁶ 14 CM Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, 19 January 2000.

¹⁷ AS/Jur (2007) 35 rev 2, The effectiveness of the European Convention on Human Rights at national level. Working document, 26 July 2007, 52.

¹⁸ CM Recommendation Rec (2004) 4 on the European Convention on Human Rights in university education and professional training, 12 May 2004.

Это требование Комитета Министров не утратило своей актуальности и через 10 лет. В плане мероприятий по исполнению пилотного постановления «Ананьев и другие против России» под пунктом 2 запланировано «Обеспечить включение в 2013 г. в учебные планы, программы обучения, повышения квалификации и профессиональной подготовки (переподготовки), стажировки кадров (в том числе кадрового резерва) органов и учреждений УИС, а также других компетентных государственных органов вопросы изучения международных стандартов, практики Европейского Суда и опыта других стран по обеспечению взвешенного подхода к избранию меры пресечения в виде заключения под стражу и надлежащих условий содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых»¹⁹.

Рекомендация относительно повышения эффективности исполнения постановлений Европейского Суда на национальном уровне, принятая Комитетом Министров 6 февраля 2008 г.²⁰, призвала государства создать орган или должностное лицо, в обязанности которого входила бы координация процесса исполнения постановлений Суда; обеспечить распространение текстов постановлений ЕСПЧ, подлежащих исполнению, а также как можно скорее определять меры, требуемые для исполнения постановлений.

По общему правилу, Европейский суд при вынесении постановления, констатирующего нарушение Конвенции, не вправе давать государству-ответчику конкретные предписания, как должны

¹⁹ http://minjust.ru/sites/default/files/basetype/2013/03/prilozhenie_1_ananев.docx

²⁰ CM Rec (2008) 2, Recommendation of the Committee of Ministers to member states on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the ECtHR, 6 February 2008, 1.

быть изменены законы, и какие реформы должны быть приняты. Обязанность по надзору за исполнением постановлений Суда в соответствии со ст. 46 Конвенции возложена на Комитет министров, который проверяет, была ли выплачена справедливая компенсация, а также были ли приняты меры для того, чтобы прекратить нарушение или предотвратить новые нарушения Конвенции. Если раньше Европейский суд в своих постановлениях просто констатировал, имело ли место нарушение Конвенции, то начиная с 2004 года у Европейского суда появилось полномочие требовать от государств-нарушителей принятия мер общего характера. Эти изменения в процедуре работы Суда произошли в связи с принятием Комитетом министров Резолюции 2004(3)9, в которой Суду было предложено указывать в своих постановлениях, какая системная проблема является причиной нарушения, и в чем источник этой проблемы, для того, чтобы помочь государствам-участникам в ее разрешении²¹. В этот же день Комитет Министров вынес Рекомендацию (2004)6 «О повышении эффективности внутренних средств правовой защиты»²², в которой Комитет рекомендовал государствам, что в случае вынесения постановлений Суда, которые указывают на структурные или общие проблемы в национальном законодательстве или правоприменительной практике, проверить эффективность существующих внутренних средств правовой защиты и, если это необходимо, разработать такие эффективные

²¹ CM Resolution Res (2004) 3 on judgments revealing an underlying systemic problem, 12 May 2004 // URL: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res\(2004\)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(2004)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FFAC75)

²² Recommandation Rec(2004)6 du Comité des Ministres aux États membres sur l'amélioration des recours internes // URL: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res\(2004\)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(2004)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FFAC75)

средства правовой защиты, применение которых позволит избежать вынесения Судом повторных постановлений по подобным жалобам. Результатом такой рекомендации Комитета министров явилось создание процедуры пилотного постановления. Стоит заметить, что понятие «пилотное постановление» содержится именно в Рекомендации, а не в Резолюции.

Уже через месяц после опубликования резолюции, 22 июня 2004 года, Суд вынес первое пилотное постановление по делу Брониовский против Польши. Дело касалось отсутствия должной компенсации за собственность, утраченную польскими гражданами, репатриированными с территорий, отошедших к Белоруссии, Литве и Украине после второй мировой войны. Суд установил в польской правовой системе наличие структурного недостатка, который лишил права на беспрепятственное пользование своим имуществом примерно 80 тысяч человек. Ссылаясь на данное пилотное постановление, судья Европейского суда Жупанчич указал, что если бы пилотное постановление не было принято, «у Суда оказалось бы 80 000 висящих дел», которые пришлось бы механически решать в манере «сору — paste», т.е. 80 000 одинаковых решений»²³.

Вынесение пилотных постановлений можно рассматривать как фактор, плодотворно влияющий на эффективность европейской системы. С одной стороны, экономятся ресурсы Суда, становятся максимально рациональными, с другой — это кардинальный способ побудить государства быстрее приводить национальное

²³ Hutten-Czapska v. Poland, Judgment of Grand Chamber of 19 June 2006 (opinion of Judge Zupancic).

законодательство в соответствие с прецедентным правом Европейского суда.

Процедура вынесения пилотных постановлений состоит в том, что Суд выделяет группу идентичных жалоб и рассматривает одну из жалоб в приоритетном порядке. При этом Суд дает обстоятельный анализ ситуации, приведшей к значительному числу однотипных нарушений Конвенции, и указывает на системную проблему, которая стала причиной нарушений. Одновременно Суд старается дать достаточно четкие рекомендации государству о путях устранения этой проблемы. Рассмотрение всех остальных схожих дел в отношении государства приостанавливается на некоторое время, при условии, что правительство незамедлительно примет меры по исполнению постановления. Однако Суд может в любой момент возобновить рассмотрение этих дел, если того требуют интересы правосудия.

Следует отметить, что сначала пилотная процедура была встречена с некоторым опасением. Так, в Резолюции 1516 ПАСЕ отмечается, что в пилотных постановлениях сложные системные проблемы рассматриваются на примере одного дела, которое может не отражать все аспекты конкретной проблемы; поскольку рассмотрение остальных схожих дел приостанавливается, есть риск, что такая процедура замедлит, а не ускорит имплементацию Конвенции в государствах Совета Европы²⁴.

Определенные сомнения были высказаны и ведущими юристами-международниками и судьями Европейского суда. Как пишет профессор

²⁴ PACE Resolution 1516 (2006), Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, 21.

Ф. Лич, процедура пилотного постановления реализует положения ст. 46 Конвенции по-новому. Стадия исполнения постановления Суда государством-ответчиком остается под контролем Комитета Министров. Однако Суд проводит свою собственную оценку исполнения, чтобы иметь возможность закрыть всю совокупность дел аналогичного характера²⁵.

По мнению судьи ЕСПЧ В. Загребельского, когда Суд указывает государству на необходимость исправить свое законодательство, чтобы решить общую проблему, он «узурпирует» соответствующие полномочия у Комитета Министров Совета Европы ... Суд наделяется возможностями, выходящими за пределы сферы его компетенции²⁶. Похожее мнение только в более дипломатичной форме высказал профессор А.И. Ковлер: Комитет министров фактически вернул Суду часть приобретенных им полномочий требовать от государств-нарушителей принятия мер общего характера²⁷.

Были высказаны претензии относительно отсутствия соответствующей нормативной базы процедуры пилотных постановлений. Так профессор Л. Хелфер полагает, что если процедура пилотных постановлений призвана служить эффективным средством приведения национального законодательства в соответствие с Европейской конвенцией, Суд должен сосредоточиться на выработке

²⁵ Leach Ph. A Brief Summary of the Discussion on the Pilot Judgment Procedure at the Warsaw Seminar, 14-15 May 2009.

²⁶ Hutten-Czapska v. Poland, Judgment of Grand Chamber of 19 June 2006.

²⁷ Ковлер А. И. Новые тенденции в практике Европейского Суда по правам человека: «пилотные постановления» о «структурных проблемах»/ Международная конференция «Влияние Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на развитие правовых систем европейских стран», Ярославль, 29-30 июня 2006 г. // <http://www.espch.ru/content/view/145/34/>

правовой основы в целях обеспечения «законности» соответствующей процедуры²⁸.

На это же обстоятельство указала ПАСЕ отмечая, что эффективность пилотной процедуры может быть обеспечена только тщательной работой Комитета Министров по оценке адекватности и достаточности мер по исполнению постановлений, принимаемых государствами-участниками²⁹. Другими словами, ПАСЕ указала на необходимость разработки специальных правил контроля за исполнением пилотных постановлений³⁰.

Такие правила были приняты в 2011 году и закреплены в Регламенте Европейского суда³¹. Регламентом³² (Правило 61) подробно урегулирована процедура принятия судом пилотных решений и обозначены вопросы, которые должны быть рассмотрены Судом при вынесении такого постановления. Согласно Регламенту Европейского суда, государства обязаны предпринять в установленные Судом сроки меры, указанные в постановлении Суда.

К началу 2014 года Европейским судом вынесено 18 пилотных постановлений, из них два в отношении Российской Федерации.

Первое пилотное постановление по делу «Бурдов против России (№ 2)»³³ Суд вынес 15 января 2009 года. Суд указал, что причиной,

²⁸ Helfer L. R. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime // The European Journal of International Law, Vol. 19, 2008. — P. 154. <http://ejil.oxfordjournals.org/content/19/1/125.abstract>

²⁹ ACE Resolution 1516 (2006), Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, 21.

³⁰ Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2nd Annual Report of the Committee of Ministers of the Council of Europe, 2008, p.8.

³¹ URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=53808>

³² редакция действует с 1 сентября 2012 г.; последняя редакция Регламента действует с 1 января 2014 г.

³³ URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/12027283/12027283.htm>

побудившей его к вынесению пилотного постановления, явилось большое количество дел, проистекающих из одной и той же системной проблемы, а также непринятие Российской Федерацией каких-либо значимых мер, которые сократили бы поток жалоб в Европейский суд. Суд постановил, что источником нарушений, выявленных в деле «Бурдов против России (№ 2)» стало повторяющееся неисполнение государством судебных решений и отсутствие эффективного внутригосударственного средства правовой защиты у пострадавших от соответствующих нарушений. Суд обязал власти России предпринять конкретные меры: в шестимесячный срок создать эффективное внутригосударственное средство правовой защиты, предусматривающее достаточное возмещение за неисполнение (либо несвоевременное исполнение) внутригосударственных судебных решений; и предоставить возмещение всем жертвам невыплаты предусмотренного судебным решением долга в годичный срок.

Во исполнение данного постановления был принят закон № 68-ФЗ от 30 апреля 2010 г. «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», признанный эффективным средством правовой защиты.

10 января 2012 года Судом было вынесено второе пилотное постановление в отношении Российской Федерации «Ананьев и другие против России»³⁴, вступившее в силу 10 апреля 2012 года. Суд в данном деле констатировал наличие в Российской Федерации структурной

³⁴ <http://european-court.ru/tag/ananev-i-drugie-protiv-rossii/>

проблемы бесчеловечных и унижающих достоинство условий содержания в следственных изоляторах и отсутствие эффективных национальных средств правовой защиты от данного нарушения. Согласно данному постановлению, власти обязаны, во-первых, выплатить компенсации всем заявителям, обратившимся в Европейский суд до вынесения пилотного постановления с жалобами на ненадлежащие условия содержания в российских следственных изоляторах. Во-вторых, разработать в течение шести месяцев с даты вступления пилотного постановления в силу план действий. Данный план должен включать в себя комплекс мер по решению структурной проблемы и по созданию новых (или совершенствованию существующих) средств правовой защиты, отвечающих требованиям, изложенным в пилотном постановлении.

Во исполнение данного постановления в декабре 2012 года Уполномоченный России при Европейском Суде — заместитель министра юстиции Георгий Матюшкин представил в Департамент по исполнению постановлений Европейского Суда Комитета министров Совета Европы «План действий о выполнении условий пилотного Постановления по жалобам “Ананьев и другие против России”». Указанный план был разработан межведомственной рабочей группой, в которую вошли представители Министерства юстиции РФ, Верховного Суда РФ, Генеральной прокуратуры РФ, Следственного комитета РФ, Министерства внутренних дел РФ, Федеральной службы исполнения

наказаний, Федеральной службы судебных приставов и Министерства финансов РФ и опубликован в апреле 2013 года³⁵.

Таким образом, введенная как реакция на большое количество жалоб процедура пилотного постановления эффективно влияет на создание внутригосударственных средств правовой защиты для предотвращения нарушений Конвенции в дальнейшем. Процедура пилотного постановления имеет значительный потенциал и применяется во всех ситуациях, когда Суд приходит к выводу, что другие средства убеждения окажутся неэффективными. Как уже указал Суд в своем Меморандуме, «процедура пилотного постановления отменена не будет»³⁶.

Вопрос о том, как продолжить реформу Европейского суда по правам человека, государства — участники Совета Европы обсуждали на Конференциях в Интерлакене (18-19 февраля 2010 года), Измире (26-27 апреля 2011 года) и Брайтоне (19-20 апреля 2012 года). Своего рода программным документом стала Брайтонская декларация, которая конкретизировала, развила положения Деклараций в Интерлакене и Измире и продолжила начатые ими реформы. Речь идет о положениях, касающихся принципа субсидиарности, критериев приемлемости жалобы при подаче жалобы в Суд, процедуры рассмотрения жалобы, а также долгосрочных перспектив системы Конвенции и Суда³⁷. Большинство из этих предложений вошло в содержание Протоколов №

³⁵ http://minjust.ru/sites/default/files/basetype/2013/03/prilozhenie_1_ananev.docx

³⁶ The Pilot Judgment Procedure — Memorandum prepared by the Registry of the Court, DH — S — GDR (2009) 010, 24 February 2009. — P. 2.

³⁷ См.: П. 3 Брайтонской декларации от 20 апреля 2012 года // <http://euroua.com/europe/coe/1420-brajtonskaya-deklaratsiya-perevod>.

15 и № 16 к Европейской конвенции, устанавливающих новые изменения в процедуре работы Европейского суда по правам человека.

Протокол № 15 был открыт для подписания 24 июня 2013 года. Он состоит из девяти статей, из которых основное содержание договора составляют первые пять статей, последние четыре статьи содержат заключительные и переходные положения.

Данный договор внес следующие изменения в механизм функционирования Конвенции. Статья 1 Протокола добавляет в преамбулу Конвенции новый абзац, где дополнительно акцентируется положение, что конвенционная защита носит субсидиарный характер по отношению к защите, предоставляемой на внутригосударственном уровне, и основную ответственность за обеспечение прав и свобод, гарантированных Конвенцией, несут государства.

Статья 2 Протокола дополняет новым пунктом статью 21 Конвенции и вводит верхний возрастной предел для кандидатов на должность судьи — менее 65 лет на дату запроса списка кандидатов Парламентской Ассамблеей Совета Европы.

Статья 3 Протокола исключает право сторон возражать против передачи дела в Большую Палату Суда, которое предусматривалось статьей 30 Конвенции³⁸. Данное изменение, по мнению большинства экспертов, представляется прогрессивным. Большая Палата Суда рассматривает наиболее важные дела, касающиеся толкования

³⁸ Если дело, находящееся на рассмотрении Палаты, затрагивает серьезный вопрос, касающийся толкования положений Конвенции или Протоколов к ней, или если решение вопроса может войти в противоречие с ранее вынесенным Судом постановлением, Палата может до вынесения своего постановления уступить юрисдикцию в пользу Большой Палаты, если ни одна из сторон не возражает против этого.

Конвенции, поэтому мнения сторон не должны становиться препятствием для работы Большой Палаты.

Самое значительное изменение внесено статьей 4 Протокола и касается срока обращения, который сокращен с шести месяцев до четырех. Пункт 1 статьи 35 Конвенции в редакции Протокола № 15 сформулирован следующим образом: Условия приемлемости. Суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, как это предусмотрено общепризнанными нормами международного права, и в течение четырех месяцев с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу.

Статья 5 изменяет критерии приемлемости, которые были внесены Протоколом 14. Согласно данному Протоколу Суд мог принимать дело к рассмотрению, если в результате нарушения прав, гражданин не понес значительного ущерба, но дело «не было надлежащим образом рассмотрено внутригосударственным судом». Теперь исключена возможность обращения в Суд, если заявитель не понес значительного ущерба.

Протокол № 15 вступает в силу в первый день месяца, следующего по истечении трех месяцев с даты, когда все государства-члены Совета Европы выразят свое согласие на обязательность для них договора. Пункт 1 статьи 5 настоящего Протокола, касающийся критерия приемлемости, вступает в силу по истечении одного года после дня вступления в силу настоящего Протокола и не применяется к жалобам, поданным до дня вступления в силу настоящего Протокола.

Протокол № 16 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод открыт для подписания 2 октября 2013 года. В договоре 11 статей, из которых первые пять рассматриваются как дополнительные статьи к Конвенции. Протокол регламентирует возможность высших национальных судов государств — членов Совета Европы запрашивать у Европейского Суда консультативные заключения по вопросам толкования и применения Конвенции в контексте дел, которые находятся в их производстве. Данное дело должно быть приостановлено до того момента, когда Суд вынесет консультативное заключение, поэтому процедура подготовки консультативных заключений будет являться приоритетной по отношению к рассмотрению жалоб.

Запрос высших национальных судов о вынесении консультативного заключения может быть отклонен мотивированным решением комитета из 5 судей.

Консультативное заключение дает Большая Палата в составе 17 судей, оно должно быть мотивированным и подлежать публикации.

Консультативные заключения не имеют обязательной силы.

Протокол 16 исключил ограничения, которые ранее были в Конвенции. В настоящее время Суд может выносить консультативные заключения только по запросу Комитета Министров, и, во-вторых, заключения не могут касаться толкования прав, закрепленных в Конвенции и правил приемлемости жалоб. После вступления Протокола в силу Европейский суд сможет выносить заключения по любым вопросам толкования Конвенции.

Представляется, что основной целью расширения полномочий Суда по вынесению консультативных заключений является более тесное

взаимодействие между Европейским судом и национальными судами, которое, будем надеяться, станет ещё одним фактором, способствующим повышению эффективности функционирования европейской системы защиты прав человека.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА КРЫМА И СЕВАСТОПОЛЯ В ТАМОЖЕННОМ СОЮЗЕ

МАКСИМ ВОРОБЬЁВ*

Аннотация. Автором статьи анализируется вопрос признания Крыма и Севастополя частью территории таможенного союза России, Беларуси и Казахстана государствами-членами таможенного союза, а также государствами не входящими в таможенный союз. В результате исследования автор пришел к выводу, что государства, не признающие официально Крым и Севастополь частью России, осуществляют фактическое признание этого. Государства-члены таможенного союза осуществляют фактическое признание, не отрицая свободу перемещения товаров между Крымом и Севастополем и остальной территорией таможенного союза. Государства, не входящие в таможенный союз осуществляют фактическое признание, признавая таможенные документы, выданные Крымской и Севастопольской таможнями.

Ключевые слова: Крым, Севастополь, таможенный союз.

LEGAL STATUS OF CRIMEA AND SEVASTOPOL IN THE CUSTOMS UNION

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

MAXIM VOROBJEV*

Abstract. The author of article analyzes a question of recognition of the Crimea and Sevastopol by part of the territory of customs union of Russia, Belarus and Kazakhstan by the members-states of customs union, and also by the states are not members of customs union. As a result of research the author came to a conclusion that the states which aren't recognizing officially the Crimea and Sevastopol as part of Russia, perform de-facto recognition of it. State members of customs union perform de-facto recognition, by not denial freedom of movement of goods between the Crimea and Sevastopol and other territory of customs union. The states which aren't members of customs union perform de-facto recognition, recognizing the customs documents issued by the Crimean and Sevastopol customs.

Keywords: Crimea, Sevastopol, customs union.

16 апреля 2014 года на референдуме, проведенном в Автономной Республике Крым было принято решение о воссоединении Крыма с Российской Федерацией. 17 марта 2014 года было принято постановление Государственного совета Республики Крым «О независимости Крыма»¹, в пункте 2 которого предусмотрено, что до принятия соответствующих нормативных актов Республики Крым применяется законодательство Украины, за исключением актов принятых после 21 февраля 2014 года. 18 марта 2014 года был подписан

* Candidate of legal science, head of the Kursk State Universities chamber of civil and arbitral process.

¹ Сборник нормативных актов Республики Крым №3 часть 1, 2014, ст. 244

Договор между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов². Указанный договор временно применялся с момента подписания до вступления его в силу 1 апреля 2014 года.

Статья 9 вышеуказанного договора предусматривает, что на территории Крыма и Севастополя должно применяться законодательство Российской Федерации с момента принятия Крыма и Севастополя в состав России. В то же время статья 6 Договора предусматривает, что с момента принятия Крыма и Севастополя в Состав России и до 1 января 2015 года устанавливается переходный период. В этот период в числе прочего (ст. 9 договора) «Нормативные правовые акты Автономной Республики Крым и города Севастополя, Республики Крым и города с особым статусом Севастополя действуют на территориях соответственно Республики Крым и города федерального значения Севастополя до окончания переходного периода или до принятия соответствующего нормативного правового акта Российской Федерации и (или) нормативного правового акта Республики Крым, нормативного правового акта Российской Федерации и (или) нормативного правового акта города федерального значения Севастополя.» В части 3 статьи 9 Договора указано, что не применяются акты Автономной Республики Крым и города Севастополя, Республики Крым и города с особым статусом Севастополя, противоречащие Конституции Российской Федерации.

² Российская газета №62, 19.03.2014

Таким образом, на территории Крыма и Севастополя в течение переходного периода применяется Конституция Российской Федерации, законодательство Российской Федерации, и акты Крыма и Севастополя в соответствии с договором. Исходя из того, что в постановлении Госсовета Республики Крым предусмотрено применение украинского законодательства до принятия соответствующих актов Республики Крым, можно сделать вывод, что в переходный период должны применяться нормы украинского законодательства. Следуя этой логике в переходный период на территории Крыма и Севастополя должен применяться и Таможенный кодекс Украины³, однако в части применения таможенного законодательства Украины наблюдается противоречие части 1 статьи 8 Конституции России. Конституция гарантирует единство экономического пространства и свободу перемещения товаров на всей территории России, поэтому применение на части территории России таможенного законодательства иностранного государства невозможно. Следовательно территория Крыма и Севастополя являются частью таможенной территории Таможенного союза, где применяется в полной мере нормы таможенного права Таможенного союза и соответственно нормы таможенного права России. В связи с этим важно заметить, что Беларусь и Казахстан, как государства-члены таможенного союза не признавали официально Крым и Севастополь частью России, однако не высказывали никаких возражений относительно включения указанных субъектов Российской Федерации в состав таможенной территории Таможенного союза, не

³ Митний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2012, № 44-45, № 46-47, № 48, ст.552.

предпринимали и не предпринимают никаких действий по разграничению таможенного оформления товаров таможенного союза и иностранных товаров перевозимых с территории Крыма и Севастополя. Это свидетельствует о фактическом признании Крыма и Севастополя частью России государствами-членами Таможенного союза. В этой связи необходимо заметить, что Президент Беларуси Александр Лукашенко 26 апреля 2014 года в интервью украинской телепрограмме «Шустер Live» заявил о признании де-факто Крыма частью территории России⁴. Более того можно говорить о двух важных аспектах применения таможенного права Таможенного союза на территории Крыма и Севастополя. Во-первых, государства, которые присоединятся к Таможенному союзу фактически также признают Крым и Севастополь в составе России и как часть территории Таможенного союза. Во-вторых, любое государство, таможенные органы которого будут осуществлять таможенное оформление товаров, ввозимых с таможенной территории таможенного союза используя документы, выданные таможенными органами Крымской или Севастопольской таможни⁵ также будут осуществлять фактическое признание Крыма и Севастополя как субъектов Российской Федерации.

На сегодняшний день можно говорить только о реальных перспективах вступления Армении в таможенный союз, в то же время фактическое признание Крыма и Севастополя частью России при признании таможенных документов, выданных таможенными органами

⁴ <http://www.regnum.ru/news/polit/1784298.html> (дата обращения 16.05.2014)

⁵ Крымская таможня была создана 31 марта 2014 года Приказом ФТС № 579 (Таможенные ведомости, № 5, 2014), Севастопольская таможня была создана 31 марта 2014 года Приказом ФТС №580 (Таможенные ведомости, № 5, 2014).

Крымской или Севастопольской таможни позволит на практике получить гораздо больше случаев фактического признания. Недаром под санкции западных стран попадают предприятия, расположенные на территории Крыма и Севастополя. Санкции фактически делают невозможной международную торговлю для отдельных субъектов внешнеэкономической деятельности, что исключает необходимость признания, например, сертификатов, подтверждающих страну происхождения товаров.

Важно отметить, что помимо государств, фактически признающих Крым и Севастополь частью российской территории, множество государств считают Крым и Севастополь территорией Украины, несмотря на очевидные факты. Разумеется, сама Украина считает Крым и Севастополь частью своей территории. Следуя логике Украины, товары должны перемещаться свободно между Крымом, Севастополем и остальной украинской территорией. Ввоз товаров с территории Украины на российскую территорию контролируется и российскими таможенными органами, которые руководствуются правом таможенного союза и российским законодательством, и, следовательно, не допустят неконтролируемого ввоза на таможенную территорию таможенного союза товаров с территории Украины. Казалось бы, можно воспользоваться сложившейся ситуацией для ввоза без уплаты таможенных платежей товаров с территории Крыма на территорию Украины. Однако такая возможность не имеет практического значения, так как ситуация на Украине не способствует развитию международной торговли с Россией. Однако понятно, что в случае интеграции Украины в Европейский Союз и реализации зоны свободной торговли и сохранении

территории Украины в нынешних границах, и при стабилизации ситуации на юго-востоке, перемещение товаров таможенного союза через территорию Крыма должно осуществляться беспрепятственно в направлении их ввоза на территорию Украины. Какие-либо экономические ограничения, вводимые в этом случае будут означать фактическое признание Украиной и государствами-членами ЕС Крыма и Севастополя частью России.

Подводя итогу, можно утверждать, что вхождение Крыма и Севастополя в состав России однозначно является основанием их включения в таможенную территорию Таможенного союза. Развитие международной торговли с участием предприятий, расположенных на территории Крыма и Севастополя неизбежно приведет к фактическому признанию факта вхождения Крыма и Севастополя в состав России. Позиция Украины в части непризнания вхождения Крыма и Севастополя в состав России является очень уязвимой, особенно в свете предполагаемой интеграции Украины в ЕС. Признание Украиной факта вхождения Крыма и Севастополя в состав России сейчас кажется маловероятным, поэтому вероятно ожидать введения каких-либо запретов и ограничений неэкономического характера на ввоз товаров с территории Крыма и Севастополя на территорию Украины.

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ:
СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ И ТЕНДЕНЦИИ**

АНДРЕЙ ДАНЕЛЬЯН*

Аннотация. Современная мировая экономика всё более отчётливо приобретает характер единого, целостного, комплексного организма — глобального по своим масштабам и далеко идущим последствиям. Она зиждется на свободе движения капиталов, товаров и услуг, свободной миграции рабочей силы. В этих условиях отличительной чертой международного экономического права является то, что оно базируется на совокупности источников международного и национального права и других источников. Наиболее характерными тенденциями развития современного международного экономического порядка является то, что международное сотрудничество постепенно развивается от двустороннего метода к многостороннему методу регулирования.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, экономический суверенитет, международная арбитражная практика, международный экономический порядок, международное сотрудничество, движение капиталов.

**LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS: CONTEMPORARY
ISSUES AND TRENDS**

* Данельян Андрей Андреевич — доцент кафедры международного частного права Дипломатической академии МИД РФ, к.ю.н., доцент, danel1@mail.ru.

ANDREI DANELYAN*

Abstract. The modern world economy becomes more and more clearly the nature of a single, holistic, integrated body — global in scope and far-reaching consequences. It rests on the freedom of movement of capital, goods and services, free movement of labor. Under these conditions, the hallmark of international economic law is that it is based on a combination of sources of international and national law and other sources. The most characteristic trends of the modern international economic order is that international cooperation is gradually developing from a bilateral to a multilateral method of regulation.

Keywords: foreign investment, economic sovereignty, international arbitration practice, international economic order, international cooperation, the movement of capital.

Одной из заметных вех современной системы международных экономических отношений является возрастание роли межгосударственного инвестиционного сотрудничества, что вызвано объективной потребностью усиления глобализации на всех уровнях. Условия, сложившиеся на мировом рынке и в национальных экономиках, адекватно отражают большую заинтересованность развивающихся стран и стран с переходной экономикой в увеличении объемов привлечения

* Danelyan Andrei — Associate Professor of Private International Law of the Diplomatic Academy of the Russian Federation, Ph.D., associate professor, danel1@mail.ru.

иностранных инвестиций. Особое значение эта проблема приобретает для России и государств СНГ в связи с активной деятельностью на международной экономической арене и вступлением в ведущие межгосударственные экономические организации, в том числе ВТО. В современном мире практически не осталось стран, не вовлеченных в процессы международного инвестиционного сотрудничества.

Государство, как основной субъект международного права, и международное право, как универсальный регулятор правоотношений, прежде всего, межгосударственного характера, находятся, как образно выразился классик отечественного международного права И.И. Лукашук, в буквальном смысле этого слова под прицельным огнем глобализации, что непосредственно сказывается на характере и функциях государства и права как таковых: права и внутригосударственного, и международного. При этом правовая система каждого государства по-прежнему остается её важнейшей характеристикой, неотъемлемым элементом международного¹.

Современный международный экономический порядок зиждется на свободе движения капиталов, товаров и услуг, свободной миграции рабочей силы. При этом действует согласованная между государствами и другими субъектами международного права совокупность правовых норм, правил, процедур, которые обеспечивают нормальное функционирование всей системы международных экономических отношений.

¹ Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. №3. С.117-118.

Межгосударственное инвестиционное сотрудничество выступает в роли катализатора глобализационных процессов на всех уровнях социально-экономического развития мира. Действие международного права приобретает все более универсальный характер, поскольку интернационализация всех сфер общественных отношений требует сходных принципов, форм и методов их правового регулирования, что способствует созданию единого правового пространства. При этом государство в ряде случаев может осуществлять, по определению С.В. Бахина, «ситуативное регулирование».² В этих условиях свободной циркуляции капиталов способствует то, что на современном этапе широкое распространение получили унифицированные нормы регулирования межгосударственных инвестиционных процессов, которые действуют в соответствии с международными договорами.³

В настоящее время создана целая система международной арбитражной защиты нарушенных прав в области инвестиций. Эта система включает два основных способа разрешения споров — арбитраж *ad hoc* и постоянные (институциональные) арбитражные органы.

Институциональные основы правовых механизмов разрешения инвестиционных споров были заложены с принятием Вашингтонской конвенции 1965 года⁴, которая ввела в действие Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС).

² Бахин С.В. Инвестиционное право и инвестиционная политика // Правовое положение иностранных инвестиций в странах с переходной экономикой. Под общей ред. М. Богусловского, А. Трунка. На нем., англ. рус.яз.. Osfeuropaforschung. Band 47. BWV. 2006. С. 29-31.

³ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс. М.: Проспект, 2010. С.231-239.

⁴ Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и юридическими, физическими лицами другого государства. Конвенция была разработана и подписана под эгидой Международного банка реконструкции и развития, вступила в силу 14 октября 1966 г. По состоянию на 08.07.2008 г. Конвенцию подписали 155 государств, из них ратифицировали — 143. Россия подписала Конвенцию в 1992 г., но не ратифицировала. См.: Постановление Правительства РФ

Общее количество инвестиционных дел по данным ЮНКТАД, рассмотренных на международных форумах по разрешению споров, по состоянию на начало 2008 г. составляет 290 дел. Причем больше половины из них (182) было рассмотрено в МЦУИС. Другие наиболее известные международные арбитражные институты заметно отстают, например, в Арбитражном институте Стокгольмской торговой палаты было рассмотрено 14 дел, а в Международном арбитражном суде при Международной торговой палате — всего пять. Столько же инвестиционных дел было рассмотрено *ad hoc*.

Международный арбитраж, прежде всего, имеющий институциональную основу, призван заменить собой две формы защиты инвестиционных прав: дипломатическую и внутригосударственную систему защиты прав. Основным недостатком внутригосударственных процедур является отсутствие объективности по отношению к иностранному инвестору⁵.

Как видно из приведенной выше статистики, в сердце системы международного разрешения инвестиционных споров находится Международный центр по урегулированию инвестиционных споров.

МЦУИС — это международная организация, специализирующаяся на разрешении инвестиционных споров между частными инвесторами и государствами. Отличительной особенностью МЦУИС от других международных арбитражей является то, что Центр осуществляет свою

№ 1016 от 13 октября 1995 г. «О комплексной программе стимулирования отечественных и иностранных инвестиций в экономику Российской Федерации» // РГ. 1995. 9 сентября.

⁵Schreuer Ch. The relevance of public international law in international commercial arbitration: investment disputes. 2005. P. 3.

деятельность на основании международного договора, что подтверждает его статус субъекта международного права.

МЦУИС наряду с Международной финансовой корпорацией (МФК), Многосторонним агентством по инвестиционным гарантиям (МИГА) и самим Всемирным банком входит в группу организаций Всемирного банка, являющуюся специализированным учреждением Организации Объединенных Наций.

Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств была подписана в Вашингтоне 18 марта 1965 г. и вступила в силу 14 октября 1966 г.

Вашингтонская конвенция была составлена на основе Проекта конвенции Организации европейского экономического сотрудничества⁶ о защите иностранной собственности 1962 г. В 1964 г. проект конвенции был подготовлен специалистами Всемирного банка и передан для рассмотрения в Совет исполнительных директоров. 14 октября 1966 г. 46, при необходимом минимуме в 20, государств — членов Всемирного банка подписали Конвенцию. С этого момента иностранные инвесторы получили прямое право подавать иски против государств — реципиентов инвестиций.

Современная мировая экономика всё более отчётливо приобретает характер единого, целостного, комплексного организма — глобального по своим масштабам и далеко идущим последствиям. Новый международный экономический порядок возник в результате недавней

⁶ Ныне эта организация носит название Организация экономического сотрудничества и развития.

истории, основные тенденции которого были определены США и Великобританией еще задолго до окончания Второй мировой войны. Заключенные между ними Атлантическая Хартия 1941 года, Договор о взаимопомощи 1942 года, Договор по финансовым вопросам 1945 года уже содержали основные принципы будущего международного экономического порядка, нацеленные на послевоенное обустройство мира.

Примечательно, что основополагающие положения в уставах ведущих международных экономических организаций (МВФ, МБРР, МТО и ГАТТ) были взяты из англо-американских проектов. Те поправки, которые были внесены другими государствами в учредительные документы, носили незначительный характер. Задуманный таким образом новый международный экономический порядок в силу объективных потребностей для унификации международной валютно-финансовой и торговой системы стал делом всего международного сообщества и, в конечном счете, после падения режимов с командно-административной плановой системой и перегруппировки почти всех развивающихся стран, превратился в единственную глобальную модель.⁷

Инициаторы Устава ООН, внимательно изучив губительный исторический опыт мировых войн, включили в него большое число принципиальных положений, касающихся нового экономического порядка, что вызвало далеко идущие последствия. Выдвигая экономическое сотрудничество в качестве одной из целей и одного из основных принципов ООН (ст. 1 п. 3), прямо исходя из принципа

⁷ Карро Д; Жюар П. Международное экономическое право. Перевод с французского. «Международные отношения», М 2002, С. 14-36

экономического сотрудничества государств (ст. 55), Устав ведущей универсальной международной организации недвусмысленно утвердил экономические основы мироустройства. Если взглянуть ретроспективно на предыдущую историю, на основателей международного экономического порядка оказало сильное влияние концепция свободы, торговли, разработанная в либеральный период (1815-1914 гг.). Разумеется, тогдашние пресловутые лозунги полной свободы торговли, свойственные XIX веку, были отвергнуты, так как на современных государствах висел груз потрясений, вызванных двумя мировыми войнами. Вместе с тем, сохранилось и получило как бы второе дыхание главное рациональное зерно — идея международного развития труда, основанного на свободной игре рыночных сил и на законе сравнимой выгоды. Именно на этой основе непосредственно возникла, например, Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ). И опять же на этой глубоколежащей основе строится доминирующая философия ВТО. Конечно же, не могло быть и речи также о возврате к золотому стандарту, имевшему место в XIX веке. В то же время Устав МВФ нацелен на обеспечение стабильности и конвертируемости валют с тем, чтобы облегчить международные расчеты.

Современный международный экономический порядок покоится «на трех китах», составляющих своего рода триединство: свобода торговли и платежей; равноправный режим; взаимность выгод. В конвенционном порядке государства обязались осуществлять последовательно либерализацию торговли и платежей. Эта либерализация должна осуществляться на недискриминационной основе, а каждое государство должно получить для своих физических и

юридических лиц равноправный режим, соотносимый с клаузулой о наиболее благоприятствуемой нации в необусловленной форме, которая была закреплена вчера — в ГАТТ, сегодня в ВТО. Каждая страна должна внести свой вклад в устранение существующих ограничений. Добиться в этом успеха можно только путем взаимных уступок.⁸

Современный международный экономический порядок призван противодействовать негативным последствиям протекционизма. Таможенные пошлины больше не представляют существенные барьеры в торговле. Процесс последовательной и постоянной либерализации международных экономических отношений красноречиво отражается в цифрах: за последние 50 лет объем мировой торговли увеличился в 100 раз, а на рубеже XX и XXI в.в. обмен капиталов в суммарном выражении превысил международную торговлю товарами и услугами. Невозможно достаточно хорошо понять проблему ВТО, если абстрагироваться от исторического контекста создания ГАТТ и его эволюции. Институциональные механизмы ВТО, являющиеся более сложными и перспективными, чем в ГАТТ, лишь отражают коренные изменения в многосторонней торговой системе, произошедшие с подписанием Марракешских соглашений 15 апреля 1994 года после благоприятного завершения 15 декабря 1993 года в Женеве переговоров Уругвайского раунда.

Современный международный экономический порядок, в широком смысле следует понимать, как согласованное между государствами и другими субъектами международного права совокупность правовых

⁸ Там же стр.33

норм, правил, процедур, ориентированных на конечные цели всей системы международных экономических отношений. Он напрямую является результатом международного разделения труда в ходе межгосударственного сотрудничества, что ускоряет транснациональное движение инвестиций. Международный экономический порядок в эпоху глобализации базирующийся на международном разделении труда в условиях прозрачности экономических границ, безусловно отражает неолиберальную концепцию мироустройства.

В течение всей второй половины XX века последней противостояла концепция социалистических стран, согласно которой международное разделение труда — это не результат естественных экономических процессов, а некий навязанный сверху механизм планирования внешнеэкономической деятельности. Аналогичной позиции также придерживались развивающиеся страны, считая, что международное разделение труда нуждается в существенном вмешательстве государств в целях регулирования мировой экономики. Цель такой попытки координации уменьшить разрыв в экономическом развитии отдельных государств. Цели, заметим благие, но такое прямолинейное понимание сути МЭО заранее был обречен на провал, особенно в условиях конфронтации двух противостоящих блоков. Но в результате крушения социалистического лагеря и перегруппировке стран Юга на основе собственных экономических интересов неолиберальная модель организации экономики, основанная на рыночных началах, в целом в мире стала господствующей, что подтверждает генеральную направленность глобализационных процессов, хотя и имеющих большие негативные последствия. В результате в процессе современного

международного разделения труда происходит формирование глобального рынка товаров, услуг и капиталов. Мировая экономика превращается в единый взаимосвязанный и взаимообусловленный организм, что требует формирования глобальной системы правового регулирования и международных экономических отношений. В международном праве основную роль продолжают играть международные договоры и международные обычаи. Международно-правовые источники также составляют основу МЭП. Их значение было и остаётся существенным. Эту аксиому можно подтвердить, ссылаясь на Бреттон-Вудские соглашения, на основе которых были учреждены и действуют до сих пор Международный Валютный Фонд, Всемирный банк реконструкции и развития (ВБРР), а также Марракешские соглашения, учредившие Всемирную торговую организацию (ВТО).

Но здесь имеется очень существенная разница — МЭП в широком понимании базируется на совокупности источников национального права и международного права, а также так называемых прочих источниках. Все эти источники находятся в постоянной конкуренции друг с другом в том, что касается объекта регулирования, то есть речь идёт о регулировании трансграничного движения товаров, капиталов и услуг. В отличие от обычного международного права в МЭП принципиальное место занимает односторонние акты государств и акты международных организаций. В качестве односторонних государственных актов могут выступать акты законодательной и исполнительной власти — в той мере, в какой они затрагивают макроэкономические отношения государств.

В частности, использование государством обменного валютного курса или процентных ставок в принципе относится к внутренней юрисдикции государства, но при соблюдении международных обязательств. Однозначно, что не подлежит сомнению право суверенного государства устанавливать валютный контроль, но опять же в случае если это не вызывает широкомасштабные отрицательные последствия, подрывающие достигнутые с партнёрами договорённости.⁹ Таким же образом, государство, используя такой основной принцип международного права, как суверенное равенство государств, может принимать закон об инвестициях, направленный на создание дополнительных факторов, для стимулирования или, наоборот, для ограничения инвестиций. Стало быть, односторонние законодательные и нормативно-правовые акты как часть внутреннего права, являются источниками МЭП.

Важной особенностью МЭП выступает то, что оно признает привилегированную роль экономически могущественных стран, которые, опираясь на свою финансовую силу, выступают в роли как бы «международных экономических законодателей» через авторитетные международные организации, находящиеся под их контролем (например, МВФ), либо просто опираются на свою экономическую мощь. Здесь можно сослаться на регулярные саммиты стран «группы семи» или G — 7 — США, Канады, Великобритании, Франции, ФРГ, Италии, Японии, превратившаяся с присоединением России в «группу восьми», G — 8.

⁹ Трапезникова В.А. Валютное регулирование в международном инвестиционном праве. М.: Волтерс Клувер. 2004

Конвенционные источники, как уже говорилось, по-прежнему остаются важными для МЭП. Но появились и новые тенденции, которые заключаются в том, что с многосторонними и двусторонними международными договорами успешно конкурирует практика заключения межведомственных соглашений, а также неформальных договоренностей. Широко внедряются в практику типовые договоры.

Межведомственные договоры заключаются не между государствами как таковыми, как основными субъектами международного права, а между исполнительными или другими органами государств. Соглашения между различными родственными ведомствами двух государств принимаются в МЭП для решения технических вопросов. Можно упомянуть соглашения между налоговыми ведомствами об административной взаимопомощи.

Особо следует остановиться на неформальных договорённостях, которые стали новым явлением в последние десятилетия. Появление этих новых источников МЭП, что специально следует подчеркнуть — в массовом порядке, объясняется динамичным, а то и быстро изменчивым подвижным характером международных экономических связей. Скажем, критические колебания курса основных валют немедленно вызывают согласованные меры государств, что исключает традиционную договорную практику юридического закрепления данных отношений. Как правило, неформальные договоренности достигаются в ходе регулярных встреч министров финансов развитых стран из «группы — 8». Такие встречи обычно заканчиваются коммюнике, содержание которых не всегда публикуется в полном виде. По своей природе такого

рода коммюнике не является международными договорами, исполняется только на добровольной основе.

Широкое распространение в МЭП получили типовые договоры, которые с юридической точки зрения не имеют обязательной силы. Типовой договор служит своего рода матрицей, которая выполняет две функции. Во-первых, благодаря обработанности, юридической безупречности текстового материала облегчают широкое его применение как обучающего стандарта. Во-вторых, благодаря распространённости может стать источником основных принципов МЭП. Типовой договор широко применяется в двух областях МЭП: в международном налоговом праве и в международном инвестиционном праве. В первом случае начиная с 20-х годов XX века стали множиться двусторонние типовые договоры об избежании двойного налогообложения. Во втором — в сфере международно-правового регулирования зарубежных капиталовложений широко стали распространяться в 70 — 90-е годы XX века двусторонние соглашения о взаимном поощрении и защите капиталовложений.

Поэтому разумнее было бы предпочесть узкое понимание МЭП, согласно которому — это комплекс норм, регулирующих организацию международных экономических отношений, главным образом макроэкономических отношений. Как известно, к макроэкономике относятся отношения между экономическими системами, а микроэкономика — это поле индивидуальной деятельности так называемых экономических операторов. В орбите влияния международного экономического права в основном оказываются крупные экономические системы, но оно не ограничивается только ими,

по крайней мере, если смотреть на его развитие в свете недавних событий. В частности, новое международное торговое право, составляющее систему ВТО, охватило теперь и интеллектуальную собственность. В общем, международное экономическое право, оставаясь рыночным правом, выступает как отрасль права, которая охватывает вопросы, касающиеся правового закрепления лиц, их инвестиций, международной торговли имуществом и услугами, а также ее финансового обеспечения¹⁰.

Отличительной чертой МЭП выступает то, что оно базируется на совокупности источников международного и национального права и других источников. Все они контролируют между собой в том, что касается объекта регулирования, то есть в регулировании трансграничного движения различных ценностей и их производства разграничивается вопрос: можно ли считать международное экономическое право частью общего международного права? Если быть точнее: то ли международное право включает в себя международное экономическое право, то ли международное экономическое право растворяется в международном праве? При такой постановке вопроса имеет только один ответ, лишенный всякой двусмысленности: международное право и международное экономическое право — это не одно и то же; в то же время международное экономическое право не является чем-то специфическим по отношению к международному праву¹¹.

¹⁰Карро Д., Жюар П. Международное экономическое право. С. 5

¹¹ Там же. С. 6.

В ходе глобализации мировой экономики и государства, и национальные предприятия, биржи и банки, создавая дочерние структуры за рубежом и приобретая акции и доли иностранных предприятий, трансформируются в транснациональные компании, которые и выполняют функцию перелива капиталов. Такое предприятие в широком смысле этого слова, с одной стороны, имеет «национальную принадлежность» государства регистрации, а с другой стороны, по характеру своих интересов и сферы деятельности становится «международным», «интернациональным». При этом многонациональный по составу собственников капитал приобретает транснациональный характер, что объективно становится фундаментом для глобализации мирового хозяйства. В результате происходит массовое размывание экономических границ между государствами и свободное от национальных барьеров трансграничное движение капиталов, товаров и услуг, а в конечном итоге формирование взаимосвязанного международного экономического пространства.

Транснациональные компании используются в качестве механизмов переплетения, состыковки, согласования частных интересов, как средство освоения иностранных, международных товарных, инвестиционных, финансовых рынков на микроуровне международных экономических отношений. Разумеется, многонациональные предприятия предстают как своего рода ударная сила, применяемая развитыми государствами в своей внешнеэкономической политике при обеспечении долгосрочных стратегических государственных интересов. Способами согласования и взаимосвязи публичных интересов на макроуровне является

экономическая интеграция государств, то есть процесс хозяйственного объединения стран на основе разделения труда между национальными экономиками, развития устойчивых взаимосвязей между ними. Фактически речь идёт о создании прозрачных экономических границ и, соответственно ограничении суверенитета государств в целях совместного решения общих задач и проблем¹².

В организационно-правовом смысле последовательный переход большинства стран от замкнутых национальных хозяйств к экономике открытого типа, обращённой к внешнему рынку, обуславливает видоизменение экономической функции государства. По мнению профессора В. М. Шумилова, можно говорить в некоторой степени о конвергенции национальных экономик на принципах либерализма и свободного движения капиталов и услуг. Складывающееся мировое экономическое пространство требует, чтобы идея либерализации была оформлена и зафиксирована политико-правовыми средствами. Например, это должно осуществляться в рамках Всемирной Торговой Организации (ВТО).

Таким образом, глобализация мировой экономики способствует созданию, с одной стороны, единого экономического пространства, а с другой стороны, формированию соответствующей политико-правовой надстройки. В частности, ситуация, связанная с трансграничной концентрацией одинаковых ресурсов, требует от государств координации правовых усилий против международной монополизации

¹² Шумилов В.М. Глобализация мировой экономики и глобальная правовая система//Внеэкономический бюллетень. №8. 2002. С. 75-76.

товарных рынков, поддержании справедливых конкурентных условий для многонациональных предприятий разных стран.

Наиболее характерными тенденциями развития современного международного экономического порядка является то, что на переднее место вышли многосторонние договорные формы правового регулирования экономических отношений во всем их многообразии.¹³ Другими словами, международное сотрудничество постепенно развивается от двустороннего метода к многостороннему методу регулирования.

Особенностью МЭО является то, что государства в договорном порядке уступают свои полномочия международным экономическим организациям. Это наиболее ярко проявляется в деятельности ВТО.

Современное международное экономическое сообщество является важнейшей составной, неразрывной частью международного сообщества. Международное экономическое сообщество обладает существенными особенностями, начиная с объекта регулирования. В международном сообществе каждое государство в силу своего суверенного равенства имеет равное правовое положение. А в международном экономическом сообществе разные группы государств пользуются правовым режимом в зависимости от уровня экономического развития.

Стало быть, в МЭО фактически сложилась дифференциация государств в зависимости от уровня экономического развития.

¹³ Доронина Н.Г. Влияние норм международного договоров на российское законодательство об инвестициях// РЕМП. СПб., 2001 г. С. 176-190.

В ходе дальнейшей эволюции юридического режима МЭО государства- участники ВТО обязались привести свое национальное право в соответствие с нормами и правилами, то есть с правом ВТО. Налицо принцип приоритета международно-правовых норм. Более того, контурно прослеживается переход от многосторонних форм и методов регулирования к национальным.

Особое значение в системе правового регулирования МЭО начинают занимать нормы так называемого «мягкого права» (Softlaw), то есть нормы обычного права, что имеет как свои положительные моменты (придает необходимую гибкость существующему правопорядку), так и отрицательные стороны (ослабляет эффективность права как системы).¹⁴

¹⁴ Волова Л.Н. Реализация государствами международной правоспособности в международных инвестиционных отношениях посредством многостороннего международно-правового регулирования// РЕМП. СПб., 2001. С. 157-175.

**LEGAL AND POLITICAL TRANSFORMATION DETERMINANTS OF THE RUSSIAN
FEDERATION JUDICIAL SYSTEM**

ANDREW KLYUCHNIKOV*

Abstract. The article is dedicated to the theoretical and practical questions of the legal and political transformation determinants of the Russian judicial system.

A judicial reform is a consequence and an indicator of the process of moving to the legal state, market economy, and civil society as the foundation of democracy. After the judicial system and the legal procedure were changed, it led the transformations in lawmaking and law enforcement.

The author is handled a problem of judicial system creation periods. The first period is connected to the standard acts passed, which frequently had declarative character because the state and the society had not created any effective mechanisms to enforce them yet. The beginning of the second period was predetermined by passing a Federal Constitutional Law «On the judicial system of the Russian Federation» of 1996, which proclaimed the unity of the judicial system of the Russian Federation and guarantees of its maintenance. Actual period is based on the abovementioned Federal Special-purpose Program «The development of the judicial system of the Russian Federation» as well as on the Judicial Reform Program «Development of the judicial system in Russia».

* Klyuchnikov Andrei Yurievich, 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).

Keywords: russian judicial system, judicial reform, judicial power, judge, law, legal transformation.

The question of legal and political determinants of the Russian Federation judicial system lies in the sphere of objective and subjective factors. We cannot help taking into account current legislation with its advantages and disadvantages and its motive power — the judicial reform, external factors, in relation to the Russian Federation judicial system, more or less influencing its transformation (democratization, social development intensification, correlation between the branches of power changing with time, etc). In a political aspect we should take into account the influence on the system from federal and local bodies of state power (with real absence of any response), as well as the political forces' influence on the structure of the judicial system and its functioning. We would like to start considering the abovementioned problems with the issue of a judicial reform.

«A judicial reform ... is both a consequence and an indicator of the process of moving to the legal state, market economy, and civil society as the foundation of democracy»¹. This idea formed the basis the Judicial Reform Conception, which was adopted by the Supreme Council of the USSR on October 24, 1991². The most important task was not only to put more emphasis on the legal protection, guarantees of human rights and freedoms but also to create an effective mechanism of their implementation. In this context the

¹ Топорнин Б.Н., Петрухин И.Л. Судебная реформа: проблемы и перспективы. М.: Институт гос. и пр. Рос. Акад. наук, 2001. — С. 74.

² О концепции судебной реформы в РСФСР: постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. № 1801-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. — 1991. — № 44.

cancellation of interpenetration of the courts and state machinery and of the so-called «accusatory bias», the creation of the Constitutional Court and the system of local justices' courts seem especially important. However, many researchers think that not all the ideas of the Conception were fully implemented. There are a lot of different reasons for this: insufficient financing of the judicial system as a whole (during the reform it was only said about «providing the premises to those courts which are located in the premises not suited for work»), and judges themselves, excessive workload due to the absence of the organization which could have scientifically calculated the workload per judge. However we tend to consider these problems to have private character. It is also necessary to take into account the system of prerequisites of the current legislation.

Firstly, it is necessary to say that there occurred essential changes in the courts' legal work basis. Thus, the Civil Code, the Criminal Code, the Labour Code, and the procedural codes were passed, which consolidated all the country's democratic achievements. These changes caused changes in the law enforcement practice, which is not the source of the Russian law (*de jure*), but frequently acquires primary importance during the law enforcement process. The decisions of the European Court of Human Rights began to be applied and enforced unconditionally. Both the judicial system and the legal procedure changed, which lead to the transformations in lawmaking and law enforcement.

The periods of judicial system creation. Problems of its functioning.

There are no scientific disputes on the periods of creation of the Russian judicial system. Researchers frequently point at the key laws in this sphere,

but in our opinion we should take into account Presidential and Parliamentary “valuation” acts, expressed both in the form of an individual address or a standard act and in the form of Federal Special-purpose Programs (for example, the Federal Special-purpose Program «The development of the judicial system of the Russian Federation» in 2002-2006³).

1). 1991-1996.

The first period is connected with the most radical transformations of all the spheres of the Russian society. The standard acts passed during this period frequently had declarative character because the state and the society had not created any effective mechanisms to enforce them yet. However, during this period there was passed by national vote the Constitution of the Russian Federation of 1993, which contained Chapter 7 «Judicial power». There were also passed Federal Constitutional Laws «On the Constitutional Court of the Russian Federation» of 1994, «On arbitration courts of the Russian Federation» of 1995 and some others. The structuring of the judicial system was finally completed. It was the basis formed during this period that gave a stimulus for comprehensive transformations. However there are some issues, considered effective by world practice, which have not been solved. Thus, scientists have been constantly raising the question of creating the system of administrative courts as specialized courts. In our view, there are no formal obstacles connected with amending the Constitution.

Thus, article 128 (3) of the Constitution of the Russian Federation provides a possibility to create «... some other federal courts» by passing a

³ О федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России на 2002-2006 годы»: постановление Правительства РФ от 20 ноября 2001 г. № 805 // Собр. зак-ва Рос. Федер. — 2001. — № 7.

Federal Constitutional Law. There are certain ideas about subject competence. For example, these may be «disputes between parties regulated by administrative legal norms of administrative public relations»⁴ (M.V. Nikiforov). Presently the problem here is that public administration cases are often heard by general court judges (frequently among other civil and criminal cases), and by arbitration courts. Accordingly, there is an immediate question about the efficiency of such mechanism.

Working out some general approaches to the basics of the administrative legal proceedings is difficult because civil procedure specialists take the opposite view and point out that administrative cases can be successfully tried within the civil procedure framework, following the lawsuit procedure. They specify that «the logic of the development of the so-called administrative legal procedure should eventually result in its absolute abolition»⁵.

This approach seems to be absolutely wrong. The inequality of the parties of administrative legal relations must be compensated by the administrative legal procedure. Such cases cannot be tried following a civil procedure, based on the principles of competitiveness, non-mandatoriness and parties' equality since in many cases such procedure cannot properly protect the rights and legal interests of natural and legal persons, which frequently appear defenseless facing administration — and first of all, in evidence gathering.

That is why the basic principle of the administrative legal procedure system should be the one according to which the burden of proving the

⁴ Никифоров М.В. Реформа административного права в современной России // Общество. — 2002. — № 3.

⁵ Шакарян М.С. Гражданское процессуальное право. М., 1996. — С. 231.

lawfulness of actions and decisions is laid on the appropriate authority. And proving the opposite is a right, but not an obligation of the other (weak) party. Only such approach can well enough protect natural and legal persons, whose rights and legal interests are violated by administration.

Evaluating the first period of the Russian judicial system reformation during the 5th All-Russian Judges Congress, the then President of the Russian Federation V. Putin noted: «Speaking about the main result of the judicial reform, I would like to emphasize: in spite of the problems, the judicial power in Russia has nevertheless been established. We can and must ascertain it. The judicial reform conception has been basically implemented».

2). 1996 — 2002.

The beginning of the second period was predetermined by passing a Federal Constitutional Law «On the judicial system of the Russian Federation» of 1996⁶, which proclaimed the unity of the judicial system of the Russian Federation and guarantees of its maintenance. Pursuant to this law the courts should be divided into federal courts and courts of the constituent entities; subdivided into the Supreme Court of the Russian Federation, regional and district courts equal to them (for federal courts); and also divided into constitutional (charter) courts and local justices' courts (for the courts of the constituent entities). This constitutional law was followed by a lot of legislative acts about different subdivisions of Russian courts, about the courts financing, etc. (Federal law «On bailiffs» of 1997, Federal law «On local justices' courts in the Russian Federation» of 1998, etc.).

⁶ О судебной системе Российской Федерации: федер. конст. Закон Рос. Федерации от 31 декабря 1996 № 1-ФКЗ // Собр. Зак-ва Рос. Федер. — 1997. — № 1. — Ст. 1.

The year 2002 saw the introduction of the jury trial practically in all the Russian constituent entities. Thus, there came to be guaranteed the right of the Russian citizens to have their cases tried by jury. Since 2002 the supreme republic courts, territorial, regional and courts equal to them in 88 constituent entities of the Russian Federation except the Chechen Republic tried cases with jury. Currently the jury trial has been functioning in the whole country.

The task of establishing the institution of local justices has practically been achieved. This institution allowed to facilitate people's access to justice, to relieve the district courts of the workload (the decisions and sentences of local justices' courts can be appealed to district courts). However only 91,1% of the judges necessary to do the job have been appointed.⁷ Only 25 constituent entities of the Russian Federation do not have understaffed local justices' courts.

In the beginning of 2006 a Federal law «On amending art.4 (4) of Federal law «On the local justices' courts in the Russian Federation» was passed (about changing the quantity calculation criterion in a judicial district). This law solves the problem of local justices' courts' workload during the proceedings. Presently it is 15 — 23 thousand people per a judicial district (per 1 judge).

3-4). 2002 — present days.

The third and the fourth periods are based on the abovementioned Federal Special-purpose Program «The development of the judicial system of the Russian Federation» in 2002-2006 as well as on the Judicial Reform Program «Development of the judicial system in Russia» of 2006. The former provided an interim summary of the development of the judicial system,

⁷ URL: <http://www.indem.ru/Proj/SudRef/ConceptRec.htm> (Концепция комплексного исследования состояния и перспектив совершенствования судебной власти).

specifying its inherent shortcomings. Apart from having the task of preparing and passing normative legal acts to reform the judicial system, the Federal Special-purpose Program included the following main tasks:

- strengthening the judicial branch authority, strengthening the independence of courts and judges, normative support of the judicial system;
- staffing the courts;
- developing logistical support of the judicial system;
- providing information support to the judicial system;
- strengthening scientific potential of the judicial power, creating the system of judges and court employees training and retraining.

The 2006 Judicial Reform Program offered the ways of perfection and further directions of the judicial system development:

- providing openness and transparency of justice;
- increasing trust to justice, by means of increasing the efficiency and the quality of trying cases;
- creating conditions necessary for enforcing justice, guaranteeing its availability;
- providing judges' independence;
- increasing the level of judicial acts enforcement.

This program can be considered a political act because it expresses the position of the Government of Russia. Moreover, we can't help saying that it was created (developed) and implemented exceptionally by public authorities without civil society institutes being involved, which makes it somehow isolated from reality.

The problem of enforcing court decisions, for example, is critical for Russia. While in many countries even raising such problem can cause surprise,

Russia follows a presumption: «courts are the authority, but nobody knows about it»⁸.

In summary, Russian judicial system is on the way of its' future reform, but actually it is based on the principles of lawfulness, sustainability and self-sufficiency

⁸ Боровский М.В. Суды общей юрисдикции в Российской Федерации: проблемы и перспективы // Черные дыры в российском законодательстве. — 2001. — № 1.

Мыльникова И.Ю. Некоторые аспекты понятия публичного порядка как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПОНЯТИЯ ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА КАК ОСНОВАНИЯ ОТКАЗА В ПРИЗНАНИИ И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

ИРИНА МЫЛЬНИКОВА*

Аннотация. В данной статье рассмотрено законодательное закрепление публичного порядка как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, толкование содержания публичного порядка национальными арбитражными судами РФ и зарубежными судами в контексте основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Обращено внимание на критерии разграничения категорий «основополагающие принципы российского права», и «публичный порядок». Отмечена современная тенденция применения данной категории, которая идет по пути конкретизации и сужения толкования на практике.

Ключевые слова. Понятие публичного порядка и оговорки о публичном порядке, публичный порядок как основание отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, толкование категории публичного порядка в контексте

* Мыльникова Ирина Юрьевна. Старший преподаватель кафедры теории государства и права и международного права Института государства и права Тюменского государственного университета, магистр права Университет Вулвэрхемптона (Великобритания), адрес электронной почты: irin792@gmail.com

Мыльникова И.Ю. Некоторые аспекты понятия публичного порядка как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений

признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

**SOME ASPECTS OF PUBLIC POLICY DEFINITION'S AS A GROUND FOR REFUSAL OF
RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS**

IRINA MYLNIKOVA*

Abstract. This article deals with legislative consolidation of public policy as grounds for refusing recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the interpretation of the content of public policy by national arbitration courts of the Russian Federation and foreign courts in the context of the grounds for refusal of recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Also the attention is paid to the criteria differentiating between categories “basic principles of Russian law”, and “public policy”. Noted the modern trend of the application of this category, which is on the way to specify and narrowing practice interpretation.

Keywords. Definition's of public policy and public order clause, public policy as a ground for refusal of recognition and enforcement of Foreign

* Irina Mylnikova, Senior lecturer. Theory of state and law and international law department of Institute of State and law. Tyumen State University, LLM (The University of Wolverhampton (Great Britain), e-mail: irin792@gmail.com

Arbitral awards, interpretation of the Public Policy category in context of recognition and enforcement of Foreign Arbitral awards.

В силу принципа государственного суверенитета иностранные арбитражные решения на территории другого государства не могут приобретать юридическую силу автоматически. Для того чтобы возникли правовые последствия, предусмотренные в иностранном арбитражном решении, они должны пройти процедуру признания в компетентном суде страны исполнения. Институт признания означает, что государство выражает свое согласие с тем, что данный акт способен породить юридические последствия в пределах его юрисдикции.

В последние годы Российская Федерация все активнее вступает в торговые взаимоотношения с иностранными государствами, интенсивно развиваются частно-правовые отношения с целью привлечения дополнительных инвестиций в экономику, ускорения интеграционных процессов с другими странами. Достижение указанной цели вряд ли достижимо без тесного сотрудничества государств в сфере юстиции, одним из важнейших элементов которого является признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных актов.

В случае, если признание или приведение в исполнение иностранного арбитражного решения противоречит публичному порядку, суд этого государства обязан отказать в признании или приведении в исполнение этого решения. Данный принцип отражен в ст.V Конвенции ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская Конвенция)». *Международно-правовые чтения. Выпуск 2 (13). 2014.*

Конвенции), ст. 244 Арбитражного процессуального Кодекса РФ, а также ст. 36 Закона «О международном коммерческом арбитраже» РФ.

Использование публичного порядка как основания отказа в признании и приведении в исполнение может являться весьма мощным инструментом блокирования фактически любого неугодного иностранного арбитражного решения, (ввиду политических аспектов, государственных интересов) несмотря на взаимность, договорные связи с другими государствами.

Публичный порядок и оговорка о публичном порядке — российские термины, за рубежом же используется несколько видов его аналогов. Наиболее употребимым в международной доктрине является французское сочетание «*ordre public*», в английском праве используется термин «*public policy*». Для обозначения оговорки о публичном порядке эти термины можно употреблять как взаимозаменяемые, подтверждением чему служит и тот факт, что при составлении текстов международных договоров эти термины считаются аутентичными.

Должники против которых испрашивается признание и приведение в исполнение решения пытаются толковать данную категорию слишком широко и использовать данную категорию в качестве основного возражения или средства для затягивания процесса. В деле *Richardson v. Mellish* 2 Bing 229 (252) (1824) английский судья Бэрроуз отметил, что «к публичному порядку апеллируют только тогда, когда все другие

возражения отвергнуты»¹, а также назвал «публичный порядок, неуправляемой лошадью, которая неизвестно куда понесет»².

Категория публичного порядка определяется как «многогранная, многосторонняя»³, «гибкая, с неопределенной текстурой»⁴, «принимающий различные обличия»⁵, «с большой разбросанностью в установлении содержания и двусмысленности».⁶

Вышесказанное обусловлено тем, что, ни в одной стране, не дается детального определение публичного порядка на законодательном уровне либо используется формулировка «публичный порядок» без каких-либо разъяснений, либо даются самые общие ориентиры в виде указания на основополагающие принципы права, основы правопорядка.

В период существования СССР нормы о публичном порядке имели больше теоретическое значение, поскольку иностранный элемент в правоотношениях присутствовал лишь в исключительных случаях⁷.

К сожалению, отталкиваясь только от нормативного определения, приведенного в статье 1193 ГК РФ, где под публичным порядком понимаются «основы правопорядка», невозможно раскрыть содержание

¹ Хвесеня В.М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. №3. С.42.

² <http://uniset.ca/other/css/130ER294.html>

³ *Hebei Import & Export Corp v Polytek Engineering Co. Ltd* [1999] 1 HKLRD 552 (Hong Kong Court of Final Appeal, 9 February 1999)/<http://www.hklii.org>

⁴ *Renusagar Power Co Ltd v General Electric Co*, Supreme Court of India, 7 October 1993, extract in Yearbook Commercial Arbitration XX (1995, India No. 22) para 26/<http://www.kluwerarbitration.com>

⁵ Duncan Miller, 'Public Policy in International Commercial Arbitrations in Australia' (1993) 9 *Arbitration International* 167, 195.

⁶ Pierre Lalive, 'Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration' in Pieter Sanders (ed), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (1987) 260.

⁷ Муранов А.И. Некоторые аспекты понятия «публичный порядок» применительно к международному коммерческому арбитражу в России // Международное право. — 2001. №5(14). — С. 397.

понятия «публичный порядок», в связи с чем, судам ничего не остается, кроме как вырабатывать составляющие данного понятия самостоятельно, опираясь на доктринальные разработки, либо руководствуясь собственным представлением о том, какими характеристиками должен обладать публичный порядок.

Разрешая вопрос о применении оговорки о публичном порядке, суд неизбежно сталкивается с проблемой достижения баланса между несколькими конкурирующими интересами. С одной стороны, государственный суд не должен приводить в исполнение арбитражное решение, признание или исполнение которого противоречит принципам, формирующим публичный порядок страны исполнения. С другой стороны, государственный суд не должен допускать такой стандарт применения оговорки о публичном порядке, который бы нарушал принцип окончательности иностранного арбитражного решения. Учитывая потенциальную возможность расширительного толкования данного основания судебного контроля, одним из условий достижения правовой определенности в правоприменительной практике является осведомленность как о понятии и содержании оговорки о публичном порядке, так и закономерностях ее применения национальными судами.

Однако понимание принципов публичного порядка в одном государстве не обязательно совпадает с представлениями в другом государстве.

Попытки законодателя дать исчерпывающее понятие публичному порядку несостоятельны, поскольку Понятие "публичный порядок"

(впервые сформулированное почти 200 лет назад) подвержен систематическим изменениям, и любая даже самая подробная его формулировка со временем быстро устаревает.

Судья Апелляционного суда Англии Джон Доналдсон в решении по делу D.S.T. -v- Rakoi (1987) отметил, что «Содержание публичного порядка никогда не может быть исчерпывающе определено, но к определению содержания необходимо подходить с особой осторожностью. ... Противоречие публичному порядку должно проявляться в наличии некоторого элемента незаконности, или что исполнение решения будет явно вредно для общественного блага или, возможно, что исполнение такого решения будет полностью оскорбительным для обычного разумного и полностью информированного члена общества, от имени которого осуществляются полномочия государства».⁸

Теоретические и правоприменительные подходы к разделению критериев разграничения категорий «основополагающие принципы российского права», и «публичный порядок» неоднозначны.

На наш взгляд, правильнее под категориями, составляющими основу публичного порядка Российской Федерации, понимать основополагающие принципы российского права. Но при этом представляются верным комплексный подход к данной категории, и, соответственно, понимание под основополагающими принципами не

⁸ Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbh -v- Ras Al Khaimah National Oil Company [1987] 2 Lloyd's Rep. 246 at 254//Отчет Комитета международного коммерческого арбитража при Международной ассоциации юристов — 2002 — № 2. С.30

только те, которые закреплены в Конституции РФ или в ст. 1 ГК РФ, но и в других отраслевых нормативных актах, то есть совокупность тех фундаментальных правовых принципов, которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью.

Судебная практика арбитражных судов РФ в рассматриваемой сфере, не имея под собой достаточного количества необходимых теоретических исследований, является противоречивой. Зачастую по идентичным вопросам судами одной ветви выносятся противоположные по содержанию постановления, что не способствует достижению целей, стоящих перед обществом и государством.

Теоретики и правоприменители обладают самостоятельными представлениями о том, что должно пониматься под публичным порядком и предлагают разнообразные и зачастую противоречивые варианты собственной интерпретации данного понятия, соответственно и практика арбитражных судов РФ противоречива.

В Резолюции Комитета по международному коммерческому арбитражу, принятой на 70-й конференции Ассоциации международного права, прошедшей в апреле 2002 г. в Нью-Дели (Индия), отражены основные подходы к определению и применению «публичного порядка», которые заключаются в применении «международного публичного порядка», а не «национального публичного порядка»⁹.

⁹ Хвесеня В.М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. — 2004. — N 3. С. 43.

В российской литературе и практике арбитражных судов можно встретить расширительное толкование публичного порядка, однако данные мнения не представляются верными, поскольку оговорка должна применяться только в исключительных случаях, и прежде всего — при нарушении сверхимперативных норм российского права.

Зарубежные суды неоднократно указывали, что вопросы публичного порядка должны трактоваться очень узко, и применяется только в исключительных случаях, уличая российские суды в широком толковании понятия публичного порядка как основания отказа в признании и приведении в исполнения иностранных арбитражных решений, ссылаясь на решения судов, в частности на рассмотренные дела Красного якоря, Бушшмаш, Стена и Балтийского завода и др.¹⁰, отмечая, что такие решения не вызывают доверия к российским арбитражным судам.

В целом приходится констатировать, что нормативное регулирование и правоприменение в области признания и исполнения иностранных арбитражных и судебных решений на территории РФ остаются неоднозначными, недостаточно предсказуемыми, а порой и не способствующими стабильности внешнеэкономического оборота.

На сегодняшний момент мы имеем ситуацию, при которой иностранное судебное решение, вынесенное против иностранного субъекта в пользу российского резидента, может встретить

¹⁰ Постановление ФАС Волго-Вятского региона от 17.02.2003, Дело No. А43-10716/02-27-10; Постановление ФАС Уральского округа от 12.10.2005, Дело No. F09-2110/05-S6; Определение Арбитражного суда города Санк-Петербурга и Ленинградской области от 20.02.2009, Дело No. А56-60007/2008.

законодательные препятствия при приведении его в исполнение на территории России. Получается, что Россия, ставя барьер неблагоприятным иностранным решениям, одновременно отсекает возможность признания выгодных для России судебных актов иностранного происхождения, а также лишаем собственные судебные постановления свойства исполнимости вне пределов страны. Такое положение вещей сложно признать правильным, и, образно выражаясь, на смену барьеру должен быть поставлен фильтр, позволяющий избирательно подходить к решению таких вопросов¹¹.

Следует отметить новое Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 156 от 26.02.2013 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» (далее — Информационное письмо № 156).

В Информационном письме № 156 не приведен исчерпывающий перечень основных положений российского правопорядка, нарушение которых будет свидетельствовать о нарушении публичного порядка. Однако в п. 1 рассматриваемого документа указано, что под публичным порядком должны пониматься такие фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью,

¹¹ Литвинский Д. В. Вопросы признания и исполнения решений судов иностранных государств (на основе анализа права Франции и России). Диссертация на соискание учёной степени к. ю. н. Санкт-Петербург — 2003 — С. 24.

составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства.

Президиум ВАС РФ в данном Информационном письме № 156 всячески подчеркивает, что оговорка о публичном порядке может применяться лишь в исключительных случаях, поскольку этот институт является экстраординарным средством процессуальной защиты.

Другой критерий публичного порядка можно обнаружить в п. 2 Информационного письма № 156, в котором определено, что российский публичный порядок основан на фундаментальных правовых принципах, которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью. Кроме того, в п. 10 рассматриваемого документа отмечается, что нарушение публичного порядка должно носить экстраординарный характер, а применение данного основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения призвано защищать фундаментальные основы российского правопорядка.

Таким образом, следует констатировать что ВАС РФ даны более четкие ориентиры «публичного порядка» — нарушением публичного порядка является:

- противоречить свехимперативным нормам российского права;
- наносить ущерб суверенитету или безопасности государства;
- затрагивать интересы больших социальных групп;
- нарушать конституционные права и свободы частных лиц.

Данные разъяснения соответствуют положениям Нью-Йоркской конвенции и международным стандартам применения публичного

Международно-правовые чтения. Выпуск 2 (13). 2014.

порядка как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений.

Таким образом, можно отметить, что современное судебное толкование оговорки о публичном порядке старается идти по пути конкретизации и сужения применения данной категории на практике и может применяться лишь в исключительных случаях.

На наш взгляд, составляющими основу публичного порядка Российской Федерации, следует понимать основополагающие принципы российского права, не только те, которые закреплены в Конституции РФ или в ст. 1 ГК РФ, но и в других отраслевых нормативных актах, то есть совокупность тех фундаментальных правовых принципов, которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью.

Представляется, что надо исходить из принципа взаимности и взаимовежливости, который вытекает из положений статьи 15 Конституции РФ и произвести закрепление в международных договорах и в национальном законодательстве, о применении международного публичного порядка в приоритетном порядке и определить его содержание через указание на принципы права.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВА КНДР

АНАТОЛИЙ ПРОНИН*

Аннотация. В статье приводится краткий анализ правовой системы КНДР. Особое внимание уделено иерархии нормативно-правовых актов, месту прав человека в правовой системе, а также, соотношению систем национального и международного права.

В силу специфики политического устройства КНДР в данной работе приводятся краткие библиографические указания о правовых исследованиях КНДР.

Ключевые слова: КНДР, Северная Корея, право КНДР, права человека в КНДР, КНДР и международное право.

INTRODUCTION INTO THE DPRK LAW STUDIES

ANATOLIY PRONIN*

Abstract. The article deals with brief analyzes of the DPRK law system. Special attention is paid to the hierarchy of legal acts, to the place of human

* Пронин Анатолий Владимирович. Преподаватель кафедры международного и европейского права юридического факультета ВГУ. E-mail: pronweb@gmail.com

* Anatoliy Pronin. Lecturer of the Voronezh state university's chair of International and European law. E-mail: pronweb@gmail.com

rights in the law system and also to the relations between domestic and international law.

Due to some specific characters of the DPRK political system the article is also devoted to some bibliographical statements on the North Korean law studies.

Keywords: DPRK, North Korea, law of DPRK, human rights in DPRK, DPRK and international law.

Как известно, Корейская Народно-Демократическая Республика является одним из самых закрытых (а возможно, и самым закрытым) государством современности. Сведения о национальном праве этой страны носят лишь отрывочный характер. Правовые исследования Северной Кореи осложнены многими факторами, среди которых: отсутствие доступа к нормативным актам и базам данных их содержащих, закрытость северокорейских университетов и невозможность установления академических связей, а также, практически полное отсутствие какой бы то ни было информации, исходящей от национальных органов власти в сети интернет. Среди доступной для правового исследования информации стоит особо упомянуть уже успевшую устареть работу Сун Юн Чо¹, иные существующие по данной тематике работы являются журнальными статьями и будут приведены в подстрочных сносках. Также, на английском языке доступны законы и подзаконные акты, посвящённые

¹ Sung Yoon Cho. Law and Legal Literature of North Korea: A Guide // Washington, D.C.: Library of Congress, 1988.

иностранным инвестициям и промышленному региону Кэсон. На корейском языке доступен изданный в Пхеньяне сборник основных законов и подзаконных актов². Проблему с доступом к текстам нормативных актов отмечала Сара Марчетта³ (Sara Marchetta), работавшая в Пхеньяне в качестве управляющей филиала итальянской юридической фирмы (Это может показаться парадоксальным, но по состоянию на 2008 год свои офисы в Пхеньяне имели три иностранных юридических фирмы). Для получения текста нормативного акта необходимо получить особое разрешение даже в случае если он был уже принят и официально опубликован, дополнительное разрешение необходимо также получить для перевода текста акта с корейского на английский язык. Рене Давид отмечал, что сложность получения текста нормативного акта является чертой, присущей социалистической правовой семье⁴. Стоит отметить, что знаменитый компаративист относит КНДР к самостоятельной, синкретической правовой семье — правовым системам дальнего востока, указывая на то, что государство находится под сферой влияния социалистической правовой семьи⁵.

Иной чертой, характерной для социалистической правовой семьи, по Рене Давиду, и присутствующей в КНДР, является отсутствие разделения права на частное и публичное⁶.

² Chosŏn Minjujuŭi Inmin Konghwaguk pŏpchŏn: taejungyong. P'yŏngyang: Pŏmnyul Ch'ulp'ansa, 2009.

³ The other Korea: practising law in Pyongyang (part 1 of 2) // URL: <http://www.iflr1000.com/article/1934026/the-other-korea-practising-law-in-pyongyang-part-1-of-2.html> (дата обращения: 21.01.2014).

⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер с фр. В.А. Туманова. — М.: Междунар. отношения, 1999. — С. 165-166.

⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Там же. С. 24.

⁶ Whon-il Park. The Present Conditions and Prospects of Foreign Investment Laws in North Korea // Studies on North Korean Law. — Vol.9. — November 2006.

Конституция КНДР⁷ была принята в 1948 году и с тех пор претерпела ряд поправок в 1972, 1992, 1998, 2009 и 2012 годах⁸.

Основным отличием права КНДР от систем права зарубежных государств является его идеологическая составляющая. Преамбула декларирует, что социалистическая Конституция КНДР это Конституция Ким Ир Сена, в которой были воплощены и превращены в закон идеи чучхе о строительстве государства, а также, заслуги в государственном строительстве Великого вождя, товарища Ким Ир Сена.

КНДР рассматривает идеи чучхе и сонгун («армия на первом месте») как руководящие действия и принципы мировоззрения и революционную идею достижения независимости народных масс (ст. 3 Конституции). Примечательно, что в ходе конституционной реформы 1998 года текст был очищен от слова «коммунизм».

Статья 18 Конституции КНДР закрепляет принцип законности. Так, законы КНДР являются отражением целей и интересов трудового народа и являются главным инструментом в государственном управлении. Уважение закона, его точное соблюдение и исполнение являются обязательными для всех органов, предприятий, организаций и граждан. Государство обязано улучшать социалистическую правовую систему и усиливать социалистическое право, делая его отвечающим требованиям жизни.

Иерархия актов формального права закреплена в статье 156 Конституции КНДР. Примечательно, что эта статья посвящена деятельности прокуратуры, а иерархия нормативных актов упомянута в

⁷ 북한 사회주의헌법/北韓 社會主義憲法 — кор.

⁸ North Korean Constitution // URL: www.asiamatters.blogspot.kr/2009/10/north-korean-constitution-april-2009.html (дата обращения: 20.01.2014).

контексте прокурорского надзора за соответствием нижестоящих актов вышестоящим. Иерархия источников права выглядит следующим образом: 1) Конституция, 2) законы, постановления и решения Верховного народного собрания, 3) приказы председателя национальной комиссии обороны, 4) решения и директивы национальной комиссии обороны, 5) декреты, решения и директивы Президиума Верховного народного собрания, 6) решения и директивы Кабинета.

<i>Нормативные акты КНДР по органам их принимающим</i>	
Конституция	Верховное народное собрание
Закон, постановление	Верховное народное собрание
Декрет, решение, директива	Президиум верховного народного собрания
Решение, директива	Кабинет
Решение, директива	Местные народные собрания/комитеты

А. В. Юрковский отмечает, что большое значение для КНДР имеют совместные нормативные акты руководящих органов правящей партии и государственных органов, а также, партийные документы⁹. Можно сказать, что правовая система в целом тяготеет к легизму. Орган конституционного контроля отсутствует, а суды не имеют возможности принимать акты о толковании норм права, которые станут впоследствии

⁹ Юрковский А.В. Особенности правовых систем Корейской Народно-Демократической Республики и Китайской Народной Республики // Сибирский юридический вестник. 2008. № 2. с. 69.

общеобязательными (прецедентными). В связи с этим правовую систему КНДР можно отнести к социалистической правовой семье.

Соотношению национального и международного права, а вместе с этим и правам человека посвящена статья 15 Конституции. Выглядит она следующим образом: «КНДР будет защищать демократические национальные права соотечественников за границей, а также, их законные права и интересы таким образом, как это установлено международным правом». КНДР активно заключает двухсторонние международные договоры. Например, с Российской Федерацией (СССР) было заключено 18 договоров, из которых на момент написания статьи действовали 13. Самыми новыми из которых являлись заключённые в 2012 году договоры: о режиме российско-корейской государственной границы¹⁰ и о сотрудничестве в области предупреждения незаконного, несообщаемого и нерегулируемого промысла живых морских ресурсов¹¹. Второй из вышеназванных договоров является примером транспозиции норм международного права, заключив его стороны сослались в преамбуле на международный план действий по предупреждению, сдерживанию и ликвидации незаконного, несообщаемого и нерегулируемого рыбного промысла Продовольственной и сельскохозяйственной организации Объединенных Наций¹². Т.е.

¹⁰ Договор между Правительством Российской Федерации и Правительством Корейской Народно-Демократической Республики о режиме российско-корейской государственной границы // URL: http://www.mid.ru/BDOMP/spd_md.nsf/0/2B8B3C07713D36F744257C6100351C79 (дата обращения: 20.01.2014).

¹¹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Корейской Народно-Демократической Республики о сотрудничестве в области предупреждения незаконного, несообщаемого и нерегулируемого промысла живых морских ресурсов // URL: http://www.mid.ru/BDOMP/spd_md.nsf/0/AF7CC43EBF7F335A44257C6100351C42 (дата обращения: 20.01.2014).

¹² Международный план действий по предупреждению, сдерживанию, и ликвидации незаконного, несообщаемого и нерегулируемого рыбного промысла. Рим, ФАО. 2008. 28 стр.

конституция говорит лишь об обязательности норм международного права в сфере защиты прав человека. Логичным представляется, что невозможно говорить о самоисполнимости и прямом действии международных договоров в КНДР. Очевидно, что Северная Корея придерживается теории радикального монизма с приматом национального права.

Преамбула Конституции содержит указание на базовые принципы организации внешней политики. Так, в соответствии с абзацем 8 преамбулы «Великий вождь товарищ Ким Ир Сен разъяснил ключевую идею внешней политики КНДР, развил и улучшил международные отношения государства и привёл Республику к широкому представительству в международных организациях. Товарищ Ким Ир Сен как мировой государственный деятель-ветеран проложил путь новой эре независимости, проявившейся в энергичных действиях по изменению и развитию социалистического движения и движения неприсоединения, а также, глобального мира и дружбы между нациями и внёс бессмертный вклад в общечеловеческое дело независимости». КНДР действительно, с 1975 года, является членом движения неприсоединения. Р. Кришнан отмечал, что присоединение Северной Кореи к этой организации ни в коей мере не изменило политики, проводимой государством¹³. На шестнадцатом саммите движения, проходившем в 2012 году в Тегеране КНДР представлял Ким Йонг-нам (Kim Jong-nam).

¹³ R.R. Krishnan. North Korea and the non-aligned movement // International Studies, 1981. — vol. — 20 — No. 1-2. — Pp.299-313.

На северо-западе Корейского полуострова, в 2002 году был создан Специальный административный регион Синьиджу. Регион имеет свой базовый закон, что является явным заимствованием китайской идеи создания административных образований с расширенными самостоятельными правотворческими возможностями и особым экономическим статусом. В соответствии с базовым законом государственный суверенитет КНДР распространяется на Синьиджу, однако, региону гарантируется создание своей законодательной, исполнительной и судебной власти. В регионе создаётся своя система права. Все законы, принимаемые в Специальном административном регионе должны соответствовать базовому закону, т.е. он выступает своеобразной конституцией для региона. Законы КНДР, посвящённые гражданству, гербу, гимну, флагу, территориальным водам, воздушному пространству и национальной безопасности не действуют в регионе. КНДР обязуется не изменять систему права региона в течении 50 лет с момента принятия базового закона.

Патриция Гоэдде¹⁴ отмечает, что права компаний, которые будут действовать на территории региона не гарантированы в полной мере, т.к. законодательная и исполнительная власть данного административного образования подотчётна центральным органам власти КНДР, а не местному населению. Суды также лишены возможности толкования норм права, однако Верховное народное собрание (законодательный орган КНДР) имеет возможность издавать акты, толкующие базовый закон. У региона Синьиджу есть возможность

¹⁴ Patricia Goedde. The Basic Law of the Sinuiju Special Administrative Region: A Happy Medium Between the DPRK Constitution and the Hong Kong Basic Law? // Journal of Korean law. 2003. Vol. 3. № 2. p. 122.

самостоятельного и от своего имени ведения внешних сношений, однако международные отношения за регион осуществляет государство.

Таким образом, в наше время, из-за создания особых экономических зон и частичного допуска зарубежных компаний к национальному рынку правовая система КНДР становится более открытой, а необходимость её исследований приобретает особую актуальность.

ЧАСТЬ II. КОЛОНКА ЗАРУБЕЖНОГО АВТОРА

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ПРОМЫШЛЕННЫХ ОБРАЗЦОВ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

ТАТЬЯНА ГОНЧАР*

Аннотация. В статье рассматриваются основные документы, регламентирующие правовую охрану промышленных образцов в Европейском Союзе. Анализируются особенности развития правовой охраны промышленных образцов в Европейском Союзе на современном этапе.

Ключевые слова: промышленный образец, зарегистрированный промышленный образец, незарегистрированный промышленный образец, патент, правовая охрана, Европейский Союз.

FEATURES OF LEGAL PROTECTION OF INDUSTRIAL DESIGN IN THE EUROPEAN UNION

TATIANA GONCHAR*

* Гончар Татьяна Михайловна — ст. преподаватель кафедры международного права юридического факультета Гродненского государственного университета имени Янки Купалы, магистр юридических наук.

* Tatiana Gonchar — senior lecturer of the Grodno state universities chair of international law, master of law.

Abstract. The article discusses the main documents regulating the legal protection of industrial designs in the European Union. Analyzes the characteristics of legal protection in the European Union, as well as the benefits of such protection.

Keywords: industrial model, registered design, unregistered industrial design, patent, legal protection, the European Union.

Идея унифицированной охраны промышленных образцов в ЕС впервые получила закрепление в Директиве Европейского Парламента и Совета ЕС от 13.10.1998 г. «О правовой охране промышленных образцов» (далее — Директива ЕС)¹, которая была направлена на гармонизацию национального законодательства стран-членов ЕС в области охраны промышленных образцов. Указанная Директива ЕС была положена в основу Регламента Совета ЕС о промышленных образцах Европейского Сообщества от 5.01.2002 г.² (далее — Регламент ЕС), на основе которого появилась возможность защитить промышленный образец во всех странах ЕС одновременно по единой процедуре, установленной единым для всех стран ЕС актом.

Таким образом, на территории ЕС существует возможность получения правовой охраны промышленных образцов без обращения в

¹ Директива Европейского парламента и Совета ЕС от 13.10.1998 г. «О правовой охране промышленных образцов» // [http: www. consultant.ru](http://www.consultant.ru) // Дата доступа: 20.03.2014.

² Регламент Совета ЕС о промышленных образцах Европейского Сообщества от 05.01.2002 г. // [htt: www. consultant.ru](http://www.consultant.ru) // Дата доступа: 20.03.2014.

патентный орган каждого государства-участника в соответствии с их национальной процедурой.

Особенностью правовой охраны промышленных образцов в ЕС является то, что она условно разделяется на две подсистемы. Одна подсистема регулирует отношения, возникающие по поводу защиты незарегистрированных промышленных образцов, другая — зарегистрированных.

Зарегистрированный промышленный образец ЕС предоставляет его обладателю исключительное право использовать образец самому и запрещать его использование любым третьим лицам без его согласия.

Незарегистрированный промышленный образец ЕС предоставляет его обладателю право запрещать действия, указанные выше, только в случае его копирования. Так, ч. 2 ст. 19 Регламента ЕС устанавливает, что «Незарегистрированный промышленный образец Европейского Сообщества должен давать владельцу право препятствовать действиям, связанным с незаконным использованием промышленного образца, только в том случае, если оспариваемое использование является следствием копирования охраняемого промышленного образца. При этом использование промышленного образца, независимо созданного дизайнером, в отношении которого есть все основания полагать, что он не знал о промышленном образце, распространенном правообладателем, не считается актом копирования охраняемого незарегистрированного промышленного образца ЕС».

Причина предоставления охраны двум видам промышленных образцов связана с необходимостью удовлетворения нужд всех секторов промышленности ЕС. Так, система охраны незарегистрированных

промышленных образцов ЕС создана специально для изделий, которые, как правило, пользуются спросом ограниченный период времени. Именно поэтому прохождение продолжительных и требующих финансовых затрат формальностей, связанных с регистрацией подобных промышленных образцов, нецелесообразно. С этой целью незарегистрированным промышленным образцам, которые стали общедоступными на территории ЕС, предоставляется правовая охрана без выполнения каких-либо формальностей, а также без уплаты пошлин одновременно на территории всех стран ЕС.

Положительным моментом Регламента ЕС выступают положения, которые касаются международной регистрации промышленных образцов. Европейское сообщество присоединилось к женеvской редакции Гаагского соглашения о международной регистрации промышленных образцов, заключенное 6 ноября 1925 г. и вступившее в силу 1 июня 1928 г. (далее — Гаагское соглашение). Так были соединены две системы регистрации промышленных образцов, существующие на уровне ЕС и Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее — ВОИС).

Присоединение ЕС обеспечивает взаимную увязку международной деятельности ВОИС в области охраны промышленных образцов с деятельностью системы промышленных образцов ЕС, дающую возможность пользователям получить охрану на всем пространстве ЕС, а также в других странах-участницах женеvского акта Гаагского соглашения путем подачи одной заявки на регистрацию их промышленных образцов. Такая международная регистрация будет действовать в стольких странах-участницах женеvского акта, сколько

указано в заявке на регистрацию, за исключением тех, которые отказывают в охране в течение требуемого периода времени.

В силу вышеуказанных особенностей можно отметить, что условия правовой охраны промышленных образцов в ЕС максимальным образом упрощены и по ряду моментов свидетельствуют о тенденции смягчения требований к условиям правовой охраны промышленных образцов.

Во-первых, на территории ЕС допускается возможность правовой охраны незарегистрированных промышленных образцов (речь о которых велась ранее). Данное обстоятельство исключает необходимость обращения в специальный орган с заявкой на получение патента.

Во-вторых, регистрация промышленных образцов проводится без проведения экспертизы по существу. Регламент ЕС содержит положения, касающиеся необходимости установления соответствия заявки формальным требованиям. В соответствии со ст. 45 указанного документа Ведомство по гармонизации на внутреннем рынке ЕС проверяет, содержит ли заявка на промышленный образец запрос относительно регистрации; информацию, идентифицирующую заявителя; а также изображение промышленного образца. Кроме того, проверяется соблюдение требований, касающихся притязания на приоритет, если приоритет оспаривается.

В-третьих, Регламент ЕС закрепляет возможность отсрочки публикации. П.1 ст. 50 устанавливает, что «заявитель в отношении зарегистрированного промышленного образца Европейского Сообщества может требовать при подаче заявки, чтобы публикация зарегистрированного промышленного образца Европейского

Сообщества была отсрочена на период, равный 30 месяцам с даты подачи заявки, либо, если оспаривается приоритет, с даты приоритета.

Следует указать, что отсутствие необходимости выполнения каких-либо формальностей, связанных с получением охранного документа, характерно для авторско-правовой формы. Авторское право не требует совершения действий, связанных с обязательным обращением к государственному органу в целях последующей регистрации результата творчества. Объекты авторского права защищаются законом в силу факта их создания.

Обращает на себя внимание тот факт, что охрана внешнего вида изделия в качестве незарегистрированного промышленного образца свидетельствует о приближении патентной формы охраны промышленных образцов к авторско-правовой форме.

Дополнением к сказанному могут служить нормы Регламента ЕС, закрепляющие правила установления факта нарушения прав вследствие копирования, что является характерным также для авторско-правовой формы. В Регламенте ЕС оговаривается, что незарегистрированный промышленный образец Европейского Сообщества должен давать своему владельцу право препятствовать действиям, связанным с использованием любым третьим лицом промышленного образца без согласия на то его владельца, только в том случае, если оспариваемое использование является следствием копирования охраняемого промышленного образца.

Безусловно, вышеуказанные особенности законодательства ЕС в сфере правовой охраны промышленных образцов выступают в качестве

Гончар Т.М. Особенности правовой охраны промышленных образцов в Европейском Союзе.

преимуществ, которым могло бы следовать дальнейшее развитие евразийского региона в сфере охраны промышленных изделий.

Анализируя права интеллектуальной собственности в евразийском регионе, Е.Б. Леанович отмечает не только необходимость унификации и гармонизации в данной сфере, но также предлагает решение этой проблемы по образцу Европейского Союза (далее — ЕС). По мнению исследователя, опыт стран-членов ЕС в этой области является самым передовым в мире, может служить ориентиром осуществления интеграционных процессов. Процесс сближения национальных законов об интеллектуальной собственности на постсоветском пространстве целесообразно осуществлять с учетом выделения отдельных узких проблем, достигая тем самым как унификации, так и единообразного прогрессивного развития детального регулирования отдельных институтов права интеллектуальной собственности, а также с помощью решения вопросов унификации за счет принятия актов наднациональными органами. В качестве органов интеграционного объединения необходимо создать Евразийское ведомство по регистрации объектов промышленной собственности³.

С данной точкой зрения вполне можно согласиться. Опыт ЕС будет полезен также для дальнейшего развития законодательства ЕврАзЭС в отношении охраны промышленных образцов. Однако, представляется, что дальнейшая разработка законодательства в отношении анализируемых объектов промышленной собственности должна осуществляться более детально.

³ Леанович, Е.Б. Права интеллектуальной собственности в евразийском регионе / Е.Б. Леанович // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 ООО «ЮрСпектр». — Минск, 2014.

Руководствуясь необходимостью унификации национальных законодательств и устранения различий в материально-правовых и процессуальных нормах, на территории государств-участников ЕврАзЭС представляется правильным создание специального, отдельного от евразийского патентного права, правового режима охраны промышленных изделий в виде промышленных образцов Евразийского сообщества. Такой режим может быть регламентирован отдельным документом — Конвенцией о промышленных образцах Евразийского Сообщества. В данной конвенции стоило бы отразить понятие промышленного образца Евразийского Сообщества, условия его патентоспособности, перечень изделий, которые не подпадают под правовую охрану в качестве промышленных образцов, срок охраны, временная охрана промышленных образцов, требования к заявке на получение патента, правила проведения экспертизы, и другие. Отдельные положения указанного документа стоило бы посвятить вопросам учреждения специального органа (Ведомства регистрации промышленных образцов Евразийского Сообщества), который будет заниматься процедурой регистрации промышленных образцов и выдачей патентов.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, можно отметить, что законодательство ЕС закрепляет возможность получения правовой охраны изделий в качестве двух видов промышленных образцов — зарегистрированных и незарегистрированных. Условия правовой охраны промышленных образцов носят упрощенный характер и по многим моментам свидетельствуют о смягчении требований к такой охране. Данная особенность правовых норм ЕС отражает тенденцию

Гончар Т.М. Особенности правовой охраны промышленных образцов в Европейском Союзе.
приближения патентной формы охраны промышленных образцов к авторско-правовой форме.

REGISTRATION OF MARITIME MORTGAGES: OPTIONALITY OR NECESSITY?

TATIANA POLUNINA*

Abstract. A maritime mortgage is a legal category peculiar to maritime law, specifically to its private branch. Though in many aspects a maritime mortgage is similar to a land-based mortgage, it still has definite characteristics which only belong to a maritime law field. The law of maritime mortgages is highly dependent on a legal system of the concrete country. The same thing can also be said in regard to the approach to registration of maritime mortgages, as well as the effects that maritime mortgages have on the parties or on the third parties, which also differs in common and civil law countries. Because the law of maritime mortgages bears definite missions and fulfills specific functions, it has a high relevance both for the participants of the transactions and the perfection of a private sector of maritime law in general. Being a so relevant part of maritime law assumes having as few legal misunderstandings and discordances as possible. Therefore, it is important to examine the relevant differences of maritime mortgages and their registration within distinct legal regimes as it implies to be the most divergent issue in the respective field nowadays.

Keywords: Maritime mortgage, legal regime, civil law, maritime mortgage registration.

The Nature of a Maritime Mortgage

* Master of Laws in Maritime Law.

A maritime, or ship, mortgage plays a very essential role in a private branch of maritime law. Being a form of security for a loan a ship mortgage is created by any deed that includes interest upon a vessel and is discharged by the repayment of such loan.¹ In other words, a vessel is considered to be a security existing in order to ensure the creditor that he would get paid. Thus, it may be assumed that a maritime mortgage can be examined in two different prospective. In a narrow approach a ship mortgage can be considered as a contract in which a borrower's property is pledged as security for a loan which is to be repaid on an installment basis and all the contractual relationship about it. On the other part, a wide approach to a ship mortgage allows to consider it as the above stated form of security, a contract and the contractual relationship, and all the other appearing relationship. Besides, a maritime mortgage as a form of security that is not necessary based on a contract. A vessel can be a security in regard to rules on enforcement of claims, for instance, in case when the debt is not paid a court may declare that, for example, a vessel, which belongs to a debtor, is a security for the existing debt.

During the entire process when a vessel can possibly be used different types of claims in regard of this vessel can appear. Historically, such claims had a character of privileges which could be seen by the fact that such claims followed a vessel even in spite of changing its owner, and in most cases are met first and foremost, affirms Falileev.² Not depending on any formalities to be made by the parties for the mortgage to follow the vessel shows the absolute character of the maritime mortgage. Moreover, because such claims are

¹ Usoro M. E. Mortgages and Liens: Maritime Capacity Workshop // SBL Selection on Maritime Laws // URL: <http://www.paulusoro.com/publications/Mortgages%20and%20Liens.pdf> (viewed on 28.03.2014).

² Falileev P.A. A maritime lien: A mortgage of the vessel or of the vessel being built // The Advocatory Bureau Fortis Juris // URL: http://www.fortisjuris.ru/FalileevPA_Publications/22ktm1.htm (viewed on 06.04.2014).

implied to be met first without any extra actions, that is why they are called secret claims sometimes.

The special feature of a maritime mortgage is that it always exists in regard, or about, a special, concrete, vessel. The vessel has either to be identified by registration of the maritime mortgage, or is supposed to be the equitable vessel which is relevant for the concrete transaction. Besides, on the assumption of the fact of a maritime mortgage following a definite vessel, the claims can be addressed to anyone who obtains it. Nevertheless, there is an exception for this rule both in international and in domestic legislations. For example in Russia such a provision exists in the Trade Navigation Code and stipulates that a vessel is being sold by force (which is judicial sale) all the mortgages registered for that vessel, and other encumbrances of any type, are ceased to be effective. The reason is a public character of judicial sales which means all the claimants being in the know of by means of respective notifications made by court. The same cannot be said about private sales.

Accordingly, the nature of a maritime mortgage is being a security which in most of the cases follows the respective vessel.

A land-based mortgage and a maritime mortgage

When it comes to a maritime mortgage, it becomes necessary to compare it with a typical, land-based, mortgage. The both categories are undoubtedly significant but applicable in different fields.

The both types of mortgages are aimed at the purpose of security for the creditor as it has been said earlier about the maritime mortgage, so they both bare the concept of protection. It is important to note that such a protection is not only about the creditor but can be intended for the third parties which is also essential. The protection becomes valid once the mortgage is supposed

to be legally recognized, either it is so by means of its registration or not. The question for the mortgage to be registered may become crucial in some matters. One of those is, for instance, a question whether a mortgage could secure other claims aside the original ones. To understand what would happen it is necessary to consider two situations, namely, where the mortgage is issued to provide with security for one special claim, and where there is no such agreement but at the later stage it can be accepted for the mortgage to be a security for a specific claim. It is seen that the concept of registration of the mortgages plays a huge role in such a situation since the first example shows that the registered mortgage brings a little more clarity and security that is provided and stipulated for a longer period of time, and so could be foreseen in some extent.

The main difference between a land-based and a maritime mortgage is again the registration part of this category. Any land based mortgage shall be registered and by means of such registration becomes legally recognized. It is usually done so on the grounds of obligatory provisions for the immovable property to be registered in the majority of states. Unlike a land-based mortgage, there is a huge difference between the roman and common law ship mortgages on the basis of the necessity of their registration.

Nonetheless, the registration part in this particular context seems to be only an additional instrument in the both land-based and ship mortgage mechanisms, whereas their basic meaning is the same, namely being a security for the creditor, at first place.

Functions of a maritime mortgage

There are not so many legal instruments that are aimed at securing the creditors to get paid in case of the failure of the debtors to pay, up to the rights

transfer in regard of different types of property in order to protect the interests of definite parties of the transaction. There are even fewer instruments when it comes to a maritime property. And, undoubtedly, a maritime mortgage plays a very essential role since one of its most important functions is providing with such, necessary, security.

The security for the creditor signifies the legal protection that can be fulfilled in the event that the debtor fails to carry out his duties. It is worth to remember that in the countries with a roman system of law such a legal aspect will only be relevant upon the registration of a ship mortgage prior to it. A non-registered maritime mortgage in such states would enjoy no legal protection, and so would be legally useless. In Russia it is stated by the federal legislation that the protection of the interests of the mortgagee applies only in regard to a registered maritime mortgages and in regard to a specifically indicated person. The function of the registered maritime mortgage in common law countries has a little different character in general. Thus, if a ship mortgage is registered in a common law country, it will give priority when meeting claims and full statutory protection; whereas a non-registered ship mortgage would only have a protection in an appropriate contract.³ For instance, if the mortgagor fails to pay in civil law legal system the mortgagee would have to go to a court himself in order to enforce his right as it happens in Russia, for instance. In common law countries the mortgagee has self-help, such as taking possession by sending a notification to all the parties interested, or by means of foreclosure by which the mortgagee would become the owner and the mortgagor would lose his right of redemption. However, it is important to remember that such a possession can only be taken by a

³ Mukherjee P.K., The maritime law lectures: Proprietary Interests in Ships // Lund University, 2011.

mortgagee in special cases, like, for example, if a mortgagor behaves in a way that puts a vessel in a danger, or a mortgagor enters into a charter party contract without the notification of a mortgagee.

Apparently, in this context registration acts as an additional guarantee to fulfill the primary function of a maritime mortgage that is to secure a creditor.

Relevance of a maritime mortgage

The legal regime of vessels in general has its special regulation in a lot of aspects including maritime mortgages. The fundamental peculiarities in this context are the following. First of all, maritime vessels are supposed to be a very expensive type of maritime property which explains the reasonableness of using them a security for payment of quite big amounts of money. Secondly, a vessel is a type of a maritime property that is constantly being used that makes the mortgage (when the property remains in possession of the mortgagor) more effective than pawning (when the property is in possession of the mortgagee). Moreover, in those countries where maritime mortgages are a subject of compulsory registration, such mortgages also help to carry out the principle of publicity by being stated in public records.⁴

Due to this, by having the counted features ship mortgages represent an essential instrument which being an insuring mechanism develops the loans for shipping.

General effects of maritime mortgages

⁴ Babkin S.A. Maritime mortgage: The 1993 International Convention on Maritime Liens and Mortgages and its implementation in Russian Legislation // *Transportnoe Pravo*, vol. 1, 2001.

*While we are free to choose our actions,
we are not free to choose the consequences of our actions.*
(Stephen Richards Covey, an American writer and a professor)

Speaking about the nature and the essence of a maritime mortgage, as well as its functions and general relevance nowadays, it would be useless if the reason why it exists was not shown. Such a reason is demonstrated through the real results of its existence, namely those legal effects that a ship mortgage has.

First of all, on the assumption of the general definition of a ship mortgage the essence of which implies the security on a ship and its appurtenances by the ship-owner as security for a loan, a maritime mortgage infuses the legal effect that is expressed by providing a creditor or creditors of the transactions the right to claim the non-paid money through the maritime property having been mortgaged or a right to redeem the vessel. It should be assumed that the effect of late payments would not matter since due to the 1993 Geneva International Convention on Maritime Liens and Mortgages such provisions are not stipulated at all which signifies that the remedies provided by a ship mortgage can be taken immediately after the debtor's failure to pay. Namely, due to Russian law, there is a special provision speaking about the grounds of forced sale of the vessel, namely, if a mortgagor fails to fulfill his obligation on payment the mortgaged vessel can be sold by the decision of the court.... This provision means that the provided measures can only be taken in case of non-fulfillment of the debtor's duty to pay. Nevertheless, the 1993 Geneva International Convention on Maritime Liens and Mortgages also prescribes the rule about the effects of a forced sale, namely:

“...in the event of the forced sale of the vessel in a State Party, all registered mortgages, “hypothèques” or charges, except those assumed by the purchaser with the consent of the holders, and all liens and other encumbrances of whatsoever nature, shall cease to attach to the vessel, provided that:

(a) At the time of the sale, the vessel is in the area of the jurisdiction of such State; and

(b) The sale has been effected in accordance with the law of the said State and the provisions of article 11 and this article.”

Going further, meeting the claims has its priority ranking which is another legal effect of a maritime mortgage. In both roman and common law legal systems it is irrefutable that claims on maritime mortgages have the first priority in ranking. The difference is only apparent when it comes to the situations where there are several creditors claiming on maritime mortgages. In this case in Roman law countries the priority would have those who were registered first. In countries with a common law legal system there is a provision implying the prior obligation of the mortgagor to notify the subsequent mortgagees about the existence of the first ones. Logically, the ranking spreads between them starting from those who were the first.

Another legal effect of a maritime mortgage is the impossibility to change the ownership of the mortgaged vessel before all the mortgages are paid in full. Such a provision can be found both in common law countries legislation and in countries with Roman law legal systems, for example, Russia. It is a proof of protection of a creditor's right for which a maritime mortgage is supposed to exist.

Thereby, the legal effects of a ship mortgage are various and assume to be in favor of both of the parties of the concrete transaction, and even the third parties. It signifies the raciness, complexity and importance of such a legal category as a maritime mortgage.

Effects of the maritime mortgages on the parties of the transaction

Having found out by estimating its legal consequences that a maritime mortgage has a big importance it is worth to draw a parallel between its effects on the parties of the transaction and the third parties, and consider them separately.

The parties in this particular context are a mortgagor and a mortgagee. A mortgagee is the creditor by the mortgage contract, and a mortgagor is, correspondingly, the borrower, or the debtor, who has an obligation on payment towards the mortgagee under the same agreement.

Firstly, a maritime mortgage gives the mortgagee an opportunity to enjoy the legal protection against the failure of the obligation by the mortgagor by means of providing the mortgagee with security to get the estimated sum of money by using a certain rights over the mortgaged vessel. Such rights, in their turn, in some extent narrow, or restrict, the rights of the mortgagor over the vessel, for instance, it has earlier been mentioned that the mortgagor becomes restricted in his right to change the ownership of the mortgaged vessel. Moreover, the mortgagee also has a right to redeem the ship, or a right to claim for a forced sale of the ship in case if the duties have not been fulfilled by the mortgagor. Furthermore, the mortgagee has the first place in the priority ranking when meeting the claims among all of the other creditors and debts of the mortgagor. Beside these rights the mortgagee enjoys

the right of foreclosure — the procedure by which mortgagee may extinguish the mortgagor's right of redemption and become absolute owner.

The mortgagor, on his side, has an obligation to take a proper care of the mortgaged vessel so the vessel does not lose its value in any extent. It should also be noted that it is a very disputable question: how to estimate and value the cost of the vessel for the purpose of its mortgage. This, the mortgagor considering signing a mortgage agreement, against security in a ship, has to carefully evaluate the vessel as of today, but at the same time its most probable value during the entire period of the maritime mortgage, as well as the possible enforcement phase; and this can be really difficult as shipping values are very volatile — the prices depend upon a number of factors which are very difficult to predict.

Hereby, it is seen that the legal effects of the maritime mortgage on the parties depend on a lot of external and internal issues and can be quite unequal and heterogeneous.

Effects of the maritime mortgages on the third parties

There is a very important provision in regard to the mortgagor keeping his ownership over the mortgaged vessel, even though it used to be different in earlier English law when there was a transfer of ownership together with the mortgage. He can only change the ownership after the mortgage has been paid in full or the specially stipulated remedies has been used. Thus, due to the fact that the mortgagor remains being the owner of the ship the mortgagee can incur no liability towards third parties. The lender, or mortgagor, only acquires a proprietary interest but not a right to incur third parties liability since the borrower, or mortgagee, retains equity of redemption.

As concerns maritime mortgages' legal effects on the third parties, due to the 1993 Geneva International Convention on Maritime Liens and Mortgages a ship builder and a ship repairer may be granted a right of retention in respect of the vessel being in their possession in order to secure claims for either building or repairing the vessel, correspondingly.

The above said concludes the unconditional priority of the mortgagee's interests and claim over any other creditors and third parties.

A maritime mortgage in common and civil law legal systems

When speaking about a maritime mortgage in a common law legal system it is very essential to note that traditionally all the rights belonging to the mortgagor used to pass to the mortgagee which in the United Kingdom is reflected in the main statute in this field — the 1995 Merchant Shipping Act⁵. Such an approach is still relevant in the countries with the common system of law. Basically, it means that all the rights of the mortgagor, even including such fundamental ones as possession, and the right of earning the freight, are being transferred to the mortgagee on the basis of providing with security. The author cannot agree with the reasonableness of such a provision since the entire nature of a ship mortgage is being a security for the payment, it is a basic characteristic that makes a maritime mortgage such. In this regard, it is more sensible not to let the transfer those rights but leave the mortgage to remain as a legal instrument for a secured transaction for which it has actually been created, and let all the other legal possibilities happen in case of not fulfillment the obligations by a mortgagor. The situation is different in civil law countries, such as, for example, Russia, or Italy. In Italy the law says that

⁵ Merchant Shipping Act 1995 // The Legislation of the United Kingdom // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/contents> (viewed on 13.05.2014).

‘the transfer of the ship mortgage does not entail the transfer of property but rather the right to realize the debt through the forced sale of the ship’⁶.

In common law legal system there is concept of statutory and equitable types of mortgage that is absent in civil law approach. The key issue in this matter is again the importance of the registration of the ship mortgage which is obligatory under civil law and is optional under common law. Statutory mortgage is a mortgage that has legal effects upon its registration and from the moment of its entrance in register, whereas the equitable mortgage speaks for itself and doesn't necessary mean the obligatory procedure of registration. Thus, because in civil law legal system countries the registration of a ship mortgage is obligatory in any case, there is no such a concept as equitable mortgage there since any maritime mortgage is assumed to be such by means of its registration. Moreover, in both legal systems when it comes to the registration of a ship mortgage it is necessary for the ship itself to be registered before it. It also shall be checked that before taking a mortgage over a vessel the vessel is properly registered with the correct type of registration. Nevertheless, in some of the civil law countries the registration of a maritime mortgage must also be certified by a notary public or executed in a form of notarial deed. Sometimes in civil law countries mortgage executed elsewhere but not in the particular country cannot be enforced that state if the laws differ. It obviously may create problems for the mortgagee in terms of enforcing his security provided by the maritime mortgage. It is needed to say that such a provision is absent in the Trade Navigation Code of Russia Federation.

⁶ Berlingieri G. Understanding ship mortgage law // The Maritime Advocate // URL: http://www.maritimeadvocate.com/mortgage/understanding_ship_mortgage_law.htm (viewed on 16.05.2014).

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 the present situation in regard to this question is highly dependent on the legal system of the concrete country and therefore on its law and regulations about it. Thus, in the countries with a civil law legal system the registration of the maritime mortgage is optional, and the mortgage would have its legal effects only after it has been registered in a stipulated by the law way. The same cannot be said about a maritime mortgage in common law system where the ship mortgage can be either registered or not. Accordingly, the ship mortgage that is not registered is called equitable and has some disadvantages, for instance, it lacks the level of certainty that the statutory mortgage has.

As a result of this, the mortgagee has fewer instruments in order to protect his right in case when the mortgagor fails to pay the estimated sum of money. Thus, the mortgagee will only be based on contractual provisions which are quite less in comparison with those instrument he would have if the mortgage was registered.

Naturally, it is possible to create extra help for the mortgagee who can be granted the rights of the mortgagor that pass to his on the basis of the mortgage, and that has been done in common law. But such an instrument doesn't assume to be equitable since the entire nature of the mortgage comes to a security aspect, which shall be provided by more stable mechanisms better than exchanging the rights of the parties, instead.

As it has been shown, a maritime mortgage is a special category peculiar to maritime law but it has a lot of similarities with a land-based mortgage?

Especially in the context of the immovable property to which a maritime property belong. A land-based mortgage is to be registered both in civil and common law legal systems.

Moreover, a ship mortgage is itself such a complex category which initially was created in order to provide the mortgagee with a necessary level of security. Thereby, by making registration of a ship mortgage optional, the legislator only creates a more difficult way for the mortgagee to use that initial right.

Thereby, having a good basis and ideas in respect to law of maritime mortgages it is important to look for the more comfortable, fitting ways how to support those issues by providing in the legislation the best possible variants of implementation of the rules in the way and for the purposes they initially were created for.

Due to the above-stated reasons and the illustrative analysis it can be said that the existing in common law option not to register a ship mortgage lacks some important principles such as providing the mortgagee with the best possible level of security and a protection of his rights, which a maritime mortgage law assumes to be working for.

Therefore, common law system should be more unified in the matter of this issue, and the registration of maritime mortgages should be obligatory in all its aspects.

RULES FOR ADVERTISING BUSINESS IN VIETNAM

PHAM THI THANH HUYEN*

NGUYEN KIM TRANG*

Abstract. For the purpose of improving the effect of governance and updating the innovation of advertising business in practice, new regulation is carried out in current couple years in Vietnam. It does not only provide more specific legislations to make up the previous drawbacks and to broaden the scope of governance, but it also removes several unreasonable points and adds further restrictions for advertising. Hence, for any investors who already practiced in advertisement sector or are going to, it is necessary to take a look at these changes.

Keywords: advertising business, Vietnam, prohibited advertising practices, foreign investment, law on advertising.

Introduction

On 21 June 2012 the National Assembly of Viet Nam passed the Law on Advertising No 16/2012/QH13 (“Law on Advertising”)¹. The Law on Advertising will take effect from 1 January 2013 and repeal the current Ordinance on Advertising No 39/2001/PL-UBTVQH10 dated 16 November 2001 (“Ordinance 2001”)² and Decree of the Government providing detailed

* Pham Thi Thanh Huyen, Candidate of Legal Science, Associate, Vietnam Law Firm Indochine Counsel. Email: huyen.pham@indochinecounsel.com.

* Nguyen Kim Trang, Legal Assistant, Vietnam Law Firm Indochine Counsel. Email: trang.nguyen@indochinecounsel.com.

¹ Law on Advertising No 16/2012/QH13 dated 21 June 2012// Gazette. — 2012. — No 481.

² Ordinance on Advertising No 39/2001/PL-UBTVQH10 dated 16 November 2001 // Gazette. — 2001. — No 4.

Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam regulations for implementation of Ordinance on Advertising dated 13 March 2003.

The most noticeable changes to current regulations on advertising under this new law, which all organizations and individuals conducting in advertising sector should be well aware, are discussed below.

The scope of regulation

As the Ordinance 2001, the Law on Advertising will apply to all Vietnamese and foreign organizations and individuals conducting advertising business and wishing to advertise their products, goods, services and operation in Vietnam. However, in comparison with the Ordinance 2001, the Law on Advertising provides for the wider types of advertising media, adding to the current list of advertising forms: advertising by loudspeaker and similar forms; group of persons conducting advertising and person conveying advertising products.

Goods and services prohibited from being advertised

The specific goods and services prohibited from advertising are currently provided for under the several laws and regulations other than the Ordinance 2001, including the Commercial Law No 36/2005/QH11³ (Art. 109), the Government Decree No 21/2006/ND-CP⁴ on trading and using nutritious products for infants (Art. 6).

Unlike the Ordinance 2001, the Law on Advertising now contains a separate article setting out the list of products prohibited to be advertised. Some groups of such products have not previously been subject of advertising

³ Commercial Law No 36/2005/QH11 dated 14 June 2005 // Gazette. — 2005. — No 24.

⁴ Government Decree No 21/2006/ND-CP dated 27 February 2006 // Gazette. — 2006. — No 07.

Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam prohibition. These include alcohol with the concentration of alcohol being 15 degrees or more; breast milk substitutes used for children under the age of 24 months and supplemental nutrition products used for children under the age of 6 months; sporting guns and their cartridges, sporting rifles and the types of products or goods which stimulate violence.

As previously, the Law prohibits from advertising: goods and services prohibited from trading by laws; tobacco; feeding bottles and teats; sexually stimulating products or goods; and prescribed medicines, or medicines without a prescription but the competent State body recommends.

Prohibited advertising practices

Compared to the Ordinance 2001, the Law on Advertising provides for a wider list of prohibited advertising practices by adding to the current prohibited list advertising which: contains racial discrimination, racism, infringement of freedom of belief and religion, sexual discrimination, preconception about gender and people with disabilities; uses the images, voice, hand writing of the individuals without their permission, unless otherwise permitted by law; use direct comparison in term of price, quality and using efficiency of products, goods and services of an organization, individual with similar products and service of others; uses the words “the most”, “only”, “the best”, “number one” or words with similar meaning without any lawful supporting documentation; uses unhealthy competition contents as prescribed by the Law on competition; breaches the law on intellectual property; has negatively affect on the children’s health, safety and natural development; or forces other agencies, organizations and individuals to make or receive advertisements involuntarily.

Appraisal Council for advertising products and Advertising Professional Association

For the first time the Law on Advertising provides a legal basis for the establishment and operation of Appraisal Council for advertising product (“Appraisal Council”) – an independent council that will assist the Minister of Cultural, Sport and Tourism (“MCST”) in considering and making conclusion on whether an advertising product complies with the laws.

The Appraisal Council includes the representatives from the MCST, advertisement association and experts from related fields.

Along with the Appraisal Council, the Law on Advertising specifically lists the rights and obligations of Advertising Professional Association, including: develop and submit the Code of professional conduct in advertising to the MCST for approval and organize the implementation of such Code; provide opinion in developing the strategies, plans and policies for advertising development, for legal documents, technical regulations and standards of advertising and outdoor advertising planning; nominate representatives and experts to join the Appraisal Council upon the request of the State competent authority.

Restrictions on advertising

To increase the advertising quality and protect the lawful rights and interests of organizations and individuals in advertising activities, the Law on Advertising imposes the following restrictions on advertising:

Contents of advertisements must be true, accurate and clear and must not cause loss and damage to producers, business persons and advertising recipients. The Law also gives the Government the rights to set out the requirements for contents of advertisements applicable to special products,

Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam good and services, which have directly affect on the health of human beings and the environment.

Language of advertisements. Like the Ordinance 2001, the Law on Advertising further require the advertising products to have a context in Vietnamese, except in the case of: trademarks, slogan, commercial names or proper nouns in foreign languages or words which have become internationally known and which are enable to be translate into Vietnamese; advertisements in books, websites, newspapers or printed matter which have been licensed to be published in the languages of ethnic minorities in Vietnam or in foreign languages; radio and television programs in the languages of ethnic minorities in Vietnam or in foreign languages.

Where a single advertising product uses both the Vietnamese and foreign languages, the size of the text of the foreign language must not be larger than $\frac{3}{4}$ of the size of the Vietnamese text and must be placed under Vietnamese text. On the visual or audio-visual means, the Vietnamese language must be read first, followed by the foreign language.

Advertisement caps:

In printed papers, the area covered by advertisements must not exceed 15% of the total area of one issue of newspaper or 20% of one issue of a magazine, except in specialized advertising newspapers and magazines.

On audio and visual media (radio and television), the period of exposure for advertisements must not exceed 10% of transmission time of any one radio or television channel each day, except for an advertising channel or programs. The duration of advertising on a paid channel must not exceed 5% of the total duration of a program broadcast on one day. It is prohibited to advertise: on more than 2 occasions and each occasion must not exceed 5 minutes during

Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam the film program; and on more than 4 times with not more than 5 minute each time during the entertainment program.

For advertising on electronic media and websites, there is no cap provided, but the advertisement must be separated from the parts on news. Movable ads must be designed so as viewers can turn on/off, and they can be on/off within 1.5 seconds.

Advertising by way of sending advertising messages or emails is permitted within 7 am to 22 pm and if only the sender has obtained prior consent of the recipient. It is prohibited to send more than 3 advertising messages to one account/phone number per day.

On sound records and picture records for a cultural, artistic or cinema program or on sound records and picture records with contents replacing or illustrating a book, the duration of advertising must not exceed 5% of the total time of the program.

On means of transportation, the area covered by advertising products must not exceed 50% of the area of each side on which advertising is permitted. Advertising products must not be exposed on the front, rear and top of the means of transportation.

Conditions for advertising

As the Ordinance 2001, the Law on Advertising specifies the list of conditions for advertising applicable to business activities, goods and services. In accordance with this list, there must be a business registration certificate in respect of an advertisement of business activities for goods or service; for advertising of types of products, goods or services, there must be documents evidencing the compliance of the products, goods or services with standards or technical regulations as stipulated by law; and with respect to an

Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam
advertisement of property for which a certificate of ownership or right to use
is required, there must be a certificate of ownership of or right to use the
property.

To make up for a deficiency of the Ordinance 2001, the Law on Advertising provides for the specific conditions for advertising of special products, goods and services, such as medicine, medical equipments, cosmetics, chemicals, pest control preparations or sterilization for domestic use, nutritional products for infants, health services and foodstuffs. For example, to advertise food or food additives the advertiser must have a certificate of registration of quality, hygiene and safety for any food or food additives on the list (of food and food additives) for which registration of quality, food safety and hygiene is required or a receipt of the file for notification of standards issued by the competent State body for food or food additives on the list (of food and food additives) the standards of which must be notified; with respect to an advertisement of milk and nutritional products used for small children, which are not prohibited from being advertised, there must be a certificate of registration of standards or a certificate of food safety and hygiene in respect of domestically produced nutritional products and a certificate of quality of products issued by the competent body of the manufacturing country and a free sale certificate in respect of imported nutritional products.

License and Notification for advertising

One of the noticeable changes to the regulations on advertising under the new Law is that licenses for conducting advertisements are no longer required, except for some special cases.

Currently under the Article 15 of the Ordinance 2001, there must be a license to conduct the advertising issued by the competent State administration body for culture and information prior to advertising on computer information networks, billboards, placards, panels, banner and screens places in public places, on objects which radiate or appear in the air or underwater, on means of transportation or on other mobile objects. According to the Law on Advertising, the licenses (from the State administrative body for media) for conducting advertising are only required when a spoken or visual media agency wishing to have a specialized advertising channel or program.

Organizations or individuals wishing to conduct the advertising on billboards and banners are no longer be required to obtain a license, but they still need to submit a file for notification of an advertising product to the local competent body for advertising 15 days before conducting advertising. If there is no response within five working days from the date on which the local competent body for advertising confirms receipt of the file, the organization or individual shall be permitted to conduct the notified advertising product. Where the local competent body for advertising disagrees, it must provide a response in writing and specify the reason therefor.

Along with conducting advertising on billboards and banners, the notification of an advertising product is also provided for in the case of conducting advertising by a group of person and publishing an advertising insert by a press agency.

Foreign investment in the advertising business

Both the Ordinance 2001 and the Law on Advertising provide for the rights of foreign organizations and individuals operating in Vietnam to directly advertise their business activities and their goods and services, or hire

Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam

a Vietnamese person conducting the business of advertising services or a Vietnamese advertising distributor to conduct their advertising for them. However, in respect of foreign organizations and individuals not operating in Vietnam and wishing to advertise their products, goods, services and operation in Vietnam, while under the Ordinance 2001 they are permitted to hire a Vietnamese person conducting the advertising business or a Vietnamese advertising distributor, the Law on Advertising remains for them only choice: hiring a person conducting the advertising business of Vietnam.

Currently, foreign organizations and individuals are entitled to undertake cooperation or investment with a Vietnamese person conducting business of advertising services in the form of joint venture and business cooperation contract. Beside, the foreign advertising enterprise may also establish its own branch in Vietnam. But since the last option of commercial presence is not consistent with the commitments of Vietnam upon its accession to the WTO, the provisions governing the establishment and operations of foreign advertising branches in Vietnam are removed from the new Law on Advertising.

Unlike the Ordinance 2001, the scope of application of the Law on Advertising now covers advertising on websites of foreign organizations and individuals conducting the cross-border business of advertising services and earning revenue from advertising in Vietnam. However, the Law on Advertising contains no specific regulations on this particular activity.

As the Ordinance 2001, the Law on Advertising further entitles foreign advertising enterprises to open representative offices in Vietnam. A representative office shall be permitted to operate upon obtaining a license from the provincial people's committee of the locality in which the foreign enterprise requests establishment of a representative office. Representative

Pham Thi Thanh Huyen, Nguyen Kim Trang. Rules for advertising business in Vietnam offices may only promote advertising and shall not be permitted to directly conduct the business of advertising services.

ЧАСТЬ III. ТРИБУНА МОЛОДЫХ УЧЁНЫХ

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ МЕХАНИЗМ АЛБАНИИ

СИНЬАРИ ПЕТРО*

Аннотация. Нынешняя форма Албании сложилась в конце XX века, после падения единовластия коммунистической партии. Первый парламент Албании был создан в 1920 году, в ходе борьбы за независимость страны. В начале 1990-ых годов Албания установила многопартийную демократию. Действующая конституция Албании была принята в 1998 году.

Ключевые слова: Республика Албания, кувенд, высший исполнительный и распорядительный орган государственной власти, Конституционный суд.

THE STATE MECHANISM OF ALBANIA

PETRO SINJARI*

* Магистр кафедры международного и европейского права ВГУ.

* Master-student of the VSU.

Abstract. The current shape of Albania has developed in the late XX century, after the fall of autocratic Communist Party. The first parliament of Albania was created in 1920, during the struggle for independence. In the early 1990s, Albania established a multiparty democracy. The current constitution in Albania was adopted in 1998.

Keywords: Republic of Albania, The Assembly, the supreme executive and administrative organ of state power, the Constitutional Court.

В 1944 году в Албании было введено всеобщее избирательное право¹. В 1945 году прошли парламентские выборы, на которых 97,7 % голосов получил возглавляемый коммунистами Демократический фронт (другие политические силы не принимали участия в выборах). Постепенно власть в своих руках сосредоточил Энвер Ходжа, жестоко расправлявшийся со своими политическими соперниками. После смерти Энвера Ходжи новый лидер Рамиз Алия начал политику осторожных экономических реформ и расширения отношений с другими странами.

В начале 1990-ых годов Албания установила многопартийную демократию. Проект конституции 1991 заменил коммунистическую конституцию 1976 года. Действующая конституция Албании была принята в 1998 году. Законодательная власть осуществляется однопалатным парламентом — Собранием Республики Албания. Албанский парламент избирается всеобщим голосованием на четырехлетний срок и состоит из 140 членов (из них 40 членов выбираются по партийным спискам на основе пропорционального

¹ Конституция Республики Албания от 21 октября 1998 года // URL: www.parlament.al/web/Rules_1150_2.php

представительства, остальные 100 депутатов — по одномандатным избирательным округам).

Как известно, в республике государственная власть передаётся (делегируется) народом определённом коллективному, а не единоличному органу (сенату, парламенту, народному собранию и т. д.)². Представительная власть сменяема, избирается на определённый срок. Законодательно закреплена подотчётность и ответственность (политическая и юридическая) власти за результаты своей деятельности³. Правительство формируется парламентом из числа депутатов партии, имеющей большинство в парламенте.

Согласно ст.65 Конституции Албании парламент (Кувенди) является высшим органом государственной власти в Албании⁴. В этом качестве оно принимает законы и поправки к конституции, объявляет войну другому государству, одобряет государственный бюджет и экономические программы, ратифицирует или аннулирует международные договоры и соглашения, избирает президента, утверждает назначение или отставку премьер-министра и других министров, утверждает членов Верховного суда, генерального прокурора и его заместителей и в целом осуществляет контроль за деятельностью правительства, государственного радио и телевидения, государственного информационного агентства и других официальных информационных средств информации.

² Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. // URL: www.land-club.ru/info/Landlegs17.php

³ URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_colier/3613/АЛБАНИЯ

⁴ Выборы в парламент Албании признаны состоявшимися // URL: www.novopol.ru/-vyiboryi-v-parlament-albanii-priznanyi-sostoyavshimis-text70709.html

В соответствии со ст. 96 Конституции Албании Премьер-министр назначается Президентом по предложению партии (коалиции партий), которая имеет большинство мест в Кувенде. Если кандидатура Премьер-министра не одобрена Кувендом, Президент предлагает нового Премьер-министра в 10-дневный срок. Если и в этот раз он не одобрен, Кувенд выбирает другого Премьер-министра в течение 10 дней. Если Кувенд будет не в состоянии выбрать нового Премьер-министра, Президент распускает парламент.

Согласно статье 64 Конституции Албании, партии, набравшие менее 2,5 % голосов, и партийные коалиции, набравшие менее 4 % голосов в первом туре голосования, в парламент не входят.

Кувенд принимает решения простым большинством голосов присутствующих, за исключением случаев, когда Конституция предусматривает квалифицированное большинство. Большинством не менее чем 3/5 всех членов Кувенда принимаются законы: об организации и деятельности институтов, предусмотренных в Конституции; о гражданстве; о всеобщих и местных выборах, о референдумах; о чрезвычайном положении, о статусе публичных служащих, об амнистии, об административном делении Республики, а также все кодексы.

На основании ст. 104 Конституции и ст. 105 Закона о правительстве⁵ Совет министров несет политическую ответственность перед парламентом, который может вынести правительству вотум недоверия. Вопрос о доверии вправе поставить и сам Совет министров. Если в течение 15 дней после вынесения вотума недоверия или отказа в вотуме

⁵ Лиманов К. Албания // 2001-2009 Онлайн Энциклопедия «Кругосвет». // URL: www.krugosvet.ru/enc/strany_mira/ALBANIYA.html?page=0,8

доверия Кувенд не изберет нового Премьер-министра, Президент его распускает.

Согласно ст. 168 Конституции Президент является главой государства и верховным главнокомандующим вооруженными силами, гарантом соблюдения конституции и законодательства страны. По сравнению с предыдущей конституцией нынешние полномочия президента ограничены. В период исполнения президентских обязанностей глава государства не может быть членом политической партии или заниматься какой-либо частной практикой. Президент может быть смещен со своего поста большинством в две трети членов парламента за нарушение конституции, измену родине или по причине физической недееспособности, а не просто по политическим причинам (хотя первого президента страны вынудили уйти в отставку в связи с поражением выдвинувшей его партии на выборах и с разразившимся финансовым скандалом). Окончательно решение парламента об импичменте вступает в законную силу только после одобрения Конституционного суда.

Глава государства — Президент, избираемый парламентом на 5 лет. Президент гарантирует соблюдение Конституции и законов, уважение прав и свобод граждан.

В соответствии со ст. 86 Конституции Президентом может быть избран только гражданин Албании по рождению, находящийся не менее десяти последних лет в Албании и достигший сорокалетнего возраста. Решение парламента направляется в Конституционный суд, который, если он подтверждает проступок Президента Республики, объявляет об отрешении его от должности.

Высший исполнительный и распорядительный орган государственной власти — Совет министров (кабинет). Председатель Совета министров (премьер-министр) назначается президентом и является главой правительства. Состав кабинета, включающий 17 министров и 9 государственных секретарей, назначается президентом по рекомендации премьер-министра и окончательно утверждается парламентом, который должен выразить доверие кабинету и его программе. В соответствии с конституцией, премьер-министр и возглавляемый им кабинет отвечают за проведение внутренней и внешней политики, формируют государственный бюджет и экономические программы, направляют и управляют действиями министерств и других государственных органов, заключают соглашения с зарубежными странами и осуществляют общие административные мероприятия. Большинство портфелей в действующем кабинете принадлежат представителям Социалистической партии Албании; по одному министерству имеют также Демократический альянс, Социал-демократическая партия и Аграрная партия окружающей среды⁶.

Высшим органом экономического и финансового контроля в Албании является «Высший государственный контроль». Согласно ст. 162 и ст. 163 конституции этот институт подчиняется только Конституции и законам. Глава Высшего государственного контроля назначается и освобождается от должности Кувендом по предложению Президента. Срок его полномочий — 7 лет с правом переизбрания.

⁶ Маличай Джильда. Переход от тоталитаризма к демократии в Албании / Джильда Маличай // Актуальные проблемы политологии: Сб. науч. работ студентов и аспирантов Российского университета дружбы народов. / отв. ред.: д.ф.н., проф. В.Д. Зотов. — М.: МАКС Пресс, 2001. — С. 178–183. — (<http://www.humanities.edu.ru/db/msg/66911>).

Таким образом, по форме правления Албания — парламентская республика⁷: президент избирается парламентом, парламенту принадлежит верховная власть, премьер-министр назначается партией, имеющей большинство в Кувенде, Кувенд вправе вынести вотум недоверия правительству.

По территориальному устройству Албания — унитарное государство, в административно-территориальном отношении разделена на 12 префектур и 36 округов. Важную роль в обеспечении принципа разделения властей играет система судов. Аналог Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации в Албании — Верховный совет правосудия. Экономическую и финансовую проверку осуществляет Высший государственный контроль. Те функции, которые в России выполняет Уполномоченный по правам человека, в Албании выполняет Народный адвокат⁸.

С XV по начало XX в. Албания находилась под турецким владычеством⁹. В конце XIX в. на ее территорию было распространено действие Маджаллы (мусульманского Гражданского кодекса Османской империи 1876 г.). В горной местности почти исключительно действовало обычное право. Еще в начале XX в. кровная месть в некоторых горных районах страны приводила к гибели до 40% мужского населения.

В XX в. албанское право трижды подвергалось коренной ломке¹⁰. Так, после получения независимости в 1912 г. Албания провела собственную кодификацию частного права. Под сильным влиянием

⁷ Морозова Л. А. Теория государства и права: учебник / Л. А. Морозова. — М.: Юрист, 2005. — 414 с.

⁸ Рублев А. НАТО и стандарты демократии / А. Рублёв // WORLD INVESTIGATION NET. — (URL: <http://www.win.ru/win/6388.phtml>).

⁹ Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 2000. — 776 с.

¹⁰ Рублев А. Там же.

итальянского законодательства были составлены и приняты Гражданский (1928) и Торговый (1932) кодексы, что означало переход к романо-германской правовой системе. После прихода к власти коммунистов в 1944 г. был издан Закон от 17 мая 1945 г. относительно законодательства буржуазно-феодальной Албании. Оба акта сохраняли силу до 1945 г.¹¹

В настоящее время правовая система Албании с середины 1990-х гг. входит в романо-германскую правовую семью.

В настоящее время в албанской правовой системе существует следующая иерархия нормативных актов: Конституция; законы, принятые парламентом; декреты Президента нормативного характера, одобренные парламентом; постановления и распоряжения Совета министров; приказы, инструкции и другие подзаконные акты министров; решения и приказы префектов; решения и приказы окружных советов округов, муниципалитетов и общин; решения и приказы председателей муниципалитетов и общин. 1990-е годы — время глубоких изменений во всех сферах жизни албанцев. Исчезла монополия коммунистической партии на власть, возникло множество политических течений. Значительное количество населения склонялось к мысли о восстановлении монархии, между главными противниками — Демократической и Социалистической партиями — шла напряжённая борьба, доходившая до вооружённых столкновений. Хотя недавние митинги в Тиране свидетельствуют о том, что в политической системе существуют некоторые сложности, всё же Албания сделала значительный

¹¹ Blagojevic B.T. Albania // International Encyclopedia of Comparative Law. Vol.1. 1972. P.A7-16.

шаг вперёд на пути демократии¹². Была создана новая Конституция, граждане получили реальную, а не обещанную свободу во многих сферах жизни общества, не стало обязательной коммунистической идеологии. В стране есть множество политических партий, которые, хотя и не имеют много мест в Кувенде, но выражают интересы различных слоёв населения.

В 1995 г. парламент принял новый УК Албании (вступил в силу с 1 июня 1995 г.). УК подразделяет все уголовно наказуемые проступки на преступления и нарушения. В качестве основных видов наказания предусмотрены штраф и заключение, в том числе пожизненное. В целом УК носит вполне современный и демократический характер, основывается на международных правовых стандартах и европейском опыте уголовно-правового регулирования. В декабре 1999 г. Конституционный суд единогласно признал смертную казнь неконституционной. Наряду с УК действует Военно-уголовный кодекс.

Сегодня Албания — это парламентская республика с унитарным государственным устройством. Кувенд обладает значительными полномочиями. Его уравнивает сильная власть премьер-министра. В обеспечении баланса властей большую роль играет система судов, в том числе Конституционный Суд.

¹² Центрально-европейские страны на рубеже XX-XXI вв. Аспекты общественно-политического развития. Историко-политологический справочник. Отв. сост. Ю.С. Новопашин. М., 2003

**ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВООТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ИНТЕРНЕТА ЗА
РУБЕЖОМ**

КРИСТИНА СОРОКИНА*

Аннотация. В данной статье отражены некоторые ключевые аспекты международной Интернет-практики регулирования правоотношений в сфере интеллектуальной собственности. К числу таких отнесены: территориальный принцип, доменный принцип, страна происхождения, страна нарушения и др. В качестве показательных примеров судебной практики выбраны США, Англия и Япония, как наиболее развитые участники правоотношений в сети Интернет.

Помимо этого в статье приведены некоторые современные изменения в правовых нормах указанных стран. Выдвинуто предположение о том, что принцип доменного регулирования является наиболее перспективным.

Ключевые слова: Интернет, интеллектуальная собственность, авторское право, международная практика

**INTERNATIONAL INTERNET-REGULATION OF LEGAL PRACTICE IN THE FIELD OF
INTELLECTUAL PROPERTY**

* Сорокина Кристина. Магистрант юридического факультета ВГУ.

Abstract. This article highlights some key aspects of international Internet regulation of legal practice in the field of intellectual property. Among these, include the territorial principle, the principle of the domain, country of origin, etc.

As illustrative examples of jurisprudence are selected United States, Britain and Japan, as most participants developed relationships on the Internet. Additionally, this article lists some current changes in the law of these countries. It is suggested that the principle of control domain is the most promising.

Keywords: Internet, intellectual property, copyright, international practice.

Одной из существенных черт международного авторского права является территориальный характер защиты прав. Права на объекты ИС, которые возникли на территории одного государства, будут охраняться и защищаться на территории другого государства только при наличии соответствующего международного договора¹. Международные договоры в большинстве своем ориентированы на материально-правовые предписания с ограниченным перечнем специфических норм, согласно которым решаются вопросы определения применимого права в отношении объема охраняемых прав, сроков и условий охраны в сети

* Sorokina Kristina. 1st year Master of the Department of Law of the VSU.

¹ Артамонова А. Е. Охрана авторских прав по международному частному и российскому гражданскому законодательству: сравнительно-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

Интернет. Материально-правовой способ, основанный на нормах международного договора, является основным, но, несомненно, не единственным способом регулирования в сфере ИС.

Использование объектов авторского права в Интернете еще больше осложняет вопросы данного вида правового регулирования.

Такие понятия Бернской конвенции, как «место происхождения произведения» и «место, где истребуется охрана», получили неоднозначное толкование в практике разных государств на предмет содержания вопросов, которые должны регулироваться правом, применяемом согласно этим привязкам. Кроме данной проблемы распространение авторских отношений в Интернете осложнило фактическое применение таких понятий, учитывая существенную сложность географического определения места происхождения произведения и места нарушения авторских прав в Интернете. Отмеченные сложности возникают в связи с тем, что ключевые формулировки в Бернской конвенции в своем существе содержат географический принцип, т.е. привязку к территории заданного государства. Между тем, Интернет имеет трансграничный и децентрализованный характер. Таким образом, в отношении объектов авторского права в Интернете принципы регулирования существа споров должны претерпевать определенные изменения. Принцип «страна происхождения произведения» в отношении произведений, опубликованных в Интернете, с нашей точки зрения, не может быть однозначно определен, поскольку не решен вопрос о юрисдикции государства в отношении отдельных функциональных и национальных

сегментов Интернета. Поэтому решение вопроса о юрисдикции в Сети является базисным.

Можно предположить, что решением этого вопроса могло бы стать отнесение национальных сегментов Интернета в сферу полной территориальной юрисдикции соответствующих государств. Однако наличие большого количества функциональных доменов, а также то, что Интернет не является локализованной сетью, усугубляет трудности, связанные с определением места существования сайтов. Исследователями были предложены различные критерии, которые стали бы альтернативными подходами при возникновении сложностей установления места происхождения произведения, опубликованного в Сети. В качестве таковых были предложены место постоянного проживания автора. Наряду с этим, как указывают авторы, выдвинутые данные критерии, их использование также привело бы к сложностям установления авторства в отношении произведения, написанного несколькими соавторами (это касается, прежде всего, медийной продукции)².

В настоящее время выдвигаются две точки зрения, в отношении того, что считать страной происхождения произведения, опубликованного в Сети: страну публикации произведения или страну, в которой имеется доступ к произведению.

Отметим, что пункт 2 ст. 5 Бернской конвенции, устанавливающий, что при нарушении авторского права применяется закон страны, где истребуется охрана, применяется и при нарушении авторского права в

² Тринадцатая сессия Комитета Всемирной конвенции, пересмотренной в 1971 г. Париж, 22-24 июня 2005 г. // URL: www.unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652r.pdf

Интернете. Это возможно в силу того, что участники Договора ВОИС по авторскому праву соблюдают ст. 1-21 и Дополнительный раздел Бернской конвенции. При применении к авторским отношениям в Интернете, возникает сложность географической локализации авторских прав. Неясным является вопрос, где считать нарушенным авторское право: в стране передачи произведения, в стране приема произведения или в какой-либо другой стране. Кроме того, возникают сомнения, какую страну следует считать страной трансляции?

Как показывает современная практика США, в настоящее время широко используется принцип страны приема произведения. С 2011 г. на основании данного принципа США применяют экстерриториальную юрисдикцию в отношении иностранных граждан, совершивших противоправные деяния в Интернете. Иммиграционная и таможенная полиция США (ICE) направляет запросы на экстрадицию иностранных граждан, если они будут заподозрены в нарушении американских законов об авторских правах, вне зависимости от того: а) где размещены их сервера, б) ссылаются ли они на источники из Америки, в) легален или нет соответствующий контент на территории государств, к которым иностранные граждане принадлежат. При этом важно подчеркнуть, что значение для американской судебной системы имеет только доменная зона. Все ресурсы доменных зон .com и .net, распространяющие нелицензированный контент, будут в перспективе закрываться и преследоваться по закону. В настоящее время это уже успешно осуществляет корпорация Google при выдаче ответов на поисковые запросы. При этом США борются не только с теми web-ресурсами,

которые публикуют информацию, нарушающую права ИС, но и с теми, кто предоставляет ссылки на незаконные материалы.

Между тем, широкое применение транстерриториальной юрисдикции закрепляли не прошедшие Конгресс США в декабре 2011 г. проекты законов SOPA (Stop on-line piracy act) и PIPA (Protect intellectual property act), направленные на защиту ИС в сети Интернет. Указанные законы были целенаправленно ориентированы на пиратские сайты, зарегистрированные за рубежом. Правонарушением по данным законам считалось распространение незаконных копий, контрафактных товаров, а также технологий преодоления технических средств защиты авторских прав. Указанные акты позволяли Министерству юстиции США и правообладателям: а) ходатайствовать в суде о конфискации собственности, б) обязать финансовые институты прекратить денежные переводы, платежным системам проводить платежи в пользу сервисов, в) поисковые сервера должны были исключить из обработки ссылки на пиратские ресурсы. В случае неисполнения указанных мер любой из прямых и косвенных контрагентов «обвиняемого» сайта должен был расцениваться как его соучастник.

Таким образом, США стали одним из первых государств, решивших принять меры по защите своей ИС в международном масштабе.

В праве Великобритании вопросы международной юрисдикции судов регулируются Законом о судах графств 1984 г., Правилами гражданского судопроизводства 1999 г., Законом о Верховном суде 1981 г. и др. Основной принцип определения юрисдикции английских судов по делам с участием иностранных лиц заключается в следующем. Согласно концепции «общего права», английский суд вправе разрешить

любое гражданское дело, если истец сумел вручить лично иностранному ответчику, когда последний находился в Англии, копию приказа о явке в суд³. При этом английские суды могут устанавливать свою юрисдикцию и при отсутствии тесной связи отношения и страны суда, а лишь на основании заключения договора на территории Англии, подчинения договора английскому праву, осуществления платежа в Англии и др.

Из генерального принципа личного вручения судебного приказа ответчику при определении международной юрисдикции предусмотрен ряд ограничений. Так, суд может себя признать компетентным в отношении споров об имуществе, находящемся на территории Англии, в отношении зарегистрированных компаний на территории Англии, нарушения договора, имевшего место на территории Англии, и т.п. В то же время английский суд может на основании теории *forum non conveniense* при наличии условий своей компетенции отказать в рассмотрении спора при наличии другого альтернативного суда, если этот суд является надлежащим⁴.

Указанные правила юрисдикции не будут применяться в отношении стран участниц Евросоюза, так как на основе Регламента ЕС № 44/2001 о юрисдикции и признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Брюссель I) стандартным правилом является предъявление иска по месту нахождения ответчика. Например, такое правило действует, если ответчик происходит из ЕС (ст. 2).

³ См.: Мамаев А.А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М., 2008.

⁴ Смирнова К.В. Некоторые особенности применения правила *forum non conveniense* // Журнал международного частного права. 2008. N 3(61). С. 5-12.

Во Франции действует Закон «О высшей власти для распространения работ и защиты прав в Интернете» 2009 г.⁵, который также ввел достаточно жесткие меры защиты авторских прав.

В этом законе борьба с пиратством связывается с двумя уровнями: а) ограничением незаконного предложения; б) преследованием нарушителей.

Правообладатель, таким образом, наделен правом в судебном порядке потребовать заблокировать доступ к пиратским сайтам. Созданная государственная организация пытается бороться с сайтами, находящимися за границами Франции, и сталкивается со сложностями, в частности техническими. В то же время случаи закрытия сайтов и их окончательного исчезновения в практике есть, что и способствует выполнению первой задачи — ограничение незаконного предложения. Далее дело за сокращением спроса. В связи с этим особое значение имеет реализация концепции "позапной реакции (предупреждения или ответственности)": сбор информации в форме протоколов о нарушениях, направление рекомендаций в форме электронных писем, официальных писем с предупреждением, обращение в судебном порядке с требованием негативных последствий для пользователя в виде штрафов, временного лишения права пользоваться Интернетом.

В Японии до 2011 г. не было предусмотрено законодательных положений, которые бы устанавливали компетенцию судов по разрешению гражданских дел с международными характеристиками. Суд основывался преимущественно на собственных прецедентах и

⁵ Haute Autorite pour la Diffusion des ffuvres et la Protection des Droits sur Internet 2009 // URL: www.system-tips.net/tag/haute-autorite-pour-la-diffusion-des-oeuvres-et-la-protection-des-droits-sur-internet-virus/

принципах, закрепленных в ГТК, к которым относились место причинения вреда и место нахождения имущества. При этом суд должен был рассматривать дело на основе принципов справедливости и добросовестности по отношению к сторонам, а также эффективности и быстроты судебного производства.

19 мая 2011 г. вступил в силу новый закон, касающийся установления юрисдикции японских судов в отношении дел с участием иностранных лиц, который содержит ряд изменений к гражданскому процессуальному кодексу Японии. Общими юрисдикционными принципами признаны: местонахождение ответчика, место исполнения контрактных обязательств, местонахождение имущества и т.п. Статья 3-3 п. viii Закона устанавливает основания юрисдикции применительно к деликтным отношениям. Общим правилом является место причинения вреда, а также место наступления вредоносных последствий, которые причинитель вреда мог предвидеть. Кроме того, в ст. 3-5 закона установлена исключительная юрисдикция японского суда в отношении споров, связанных с регистрацией объектов интеллектуальной собственности, которая имела место в Японии. При этом под термином «интеллектуальная собственность» понимаются патентные права, права на товарный знак, авторские права и т.п.⁶

Таким образом, можно сделать вывод о том, что американская система охраны прав граждан США в виде исключительного правового факта с последующей трансграничной защитой нарушений постепенно приживается и в других странах с не менее развитой судебной практикой

⁶ Takahashi K. Japan's New Act on International Jurisdiction, 2011. Published on Smashwords // URL: <https://www.smashwords.com/books/view/81536#download>

— Англии, Японии. Однако в последних все еще наблюдается некая «материализация» места нарушения и желание судов иметь дело только с теми прениями, которые так или иначе имели место быть на территории их стран.

Между тем, несмотря на тотальное доминирование американской судебной системы, подход, основанный, в том числе, на доменной привязке, является наиболее оправданным. Он позволяет со временем «сконцентрировать» всех нарушителей авторских прав в узких пределах одной доменной зоны, тем самым обеспечив более эффективный контроль.

ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ ВЛАСТЬ МАДАГАСКАРА

ДЖЕРА КЛАУДИО*

Аннотация. В статье речь идёт о структуре исполнительной власти республики Мадагаскара, о Президенте республики и о его функциях, о Премьер-министре как главе правительства и Министрах составляющих кабинет министров. Исследования привело к выявлению специфики и к выяснению недостатков в работе исполнительной власти, в их взаимодействия друг с другом, и исходя из этого можно дать оценку взаимосвязь между исполнительной, законодательной и судебной власти как один из важных критериев определения эффективности работа государственного политического аппарата.

Ключевые слова: Государство Мадагаскар, исполнительная власть, правительство, Президент республики, Премьер-министр, Министры.

THE EXECUTIVE POWER OF MADAGASCAR

JERA CLAUDIO*

Abstract. In the article we are talking about the structure of Executive power of the Republic of Madagascar, the President of the Republic and of its

* Магистрант кафедры международного и европейского права юридического факультета ВГУ. E-mail: jeraclaudio@gmail.com

* Jera Claudio. Master of the department of international and European law of the VSU. E-mail: jeraclaudio@gmail.com

functions, the Prime Minister as head of government and the Ministers forming the Cabinet of Ministers. Research has led to the identification of the specificity and to the clarification of the shortcomings in the work of the Executive authorities and their interaction with each other, and from this we can assess the relationship between the Executive, legislative and judicial power as one of the important criteria of definition of efficiency of work of the state's political apparatus.

Keywords: State of Madagascar, the executive, the government, the President of the Republic, Prime Minister, Ministers.

Мадагаскар (Малагасийская Республика) до 1896 года был монархией и находился под влиянием различных культур стран Ближнего Востока, Азии и Африки. Впоследствии он стал французской колонией в 1896 году и оставался ею до провозглашения независимости в 1960 году.

С момента обретения независимости на Мадагаскаре было четыре республики. После политического кризиса в 2009 году Президент М. Равалуманана был вынужден оставить свой пост и власть перешла в руки Временного Правительства во главе с Президентом А. Радзуэлина. Впоследствии были организованы демократические выборы, которые привели к избранию нового Президента 25 марта 2014 года¹.

¹ URL: <http://www.rfi.fr/afrique/20140213-madagascar-ordre-constitutionnel-hery-rajaonarimampianina-rajoelina/>

В настоящее время в республике действует Малагасийская Конституция принята 19 августа 1992 и исправлена в 1995 ,1998 и в 2010 году².

В соответствии с нормами конституционного права власть Президента является доминирующей силой в малагасийской политической системе. Все конституционные изменения с начала 1960-х годов усиливали полномочия президента. Кроме того, учреждения, предназначенные, для его сдерживания, оказались слабыми.

Система правительства, за которым следуют Мадагаскар это французская полу президентская система, разделена между премьер-министром, парламентом и исполнительный президент, избираемый всеобщим голосованием³. Президент — это лидер, миротворец внешней политики и Верховного Главнокомандующего вооруженными силами.

На основании ст.44 Малагасийской Конституции 1998 года, Президент следит за соблюдением Конституции. Он является гарантом целостности нации и надлежащего функционирования государственных органов, национальной независимости и территориальной целостности.

Согласно ст.1 органического закона № 2012-015 о выборах первого Президента четвертой республикой, Президент Республики избирается всеобщим прямым голосованием сроком на пять лет; он может быть переизбран два раза. Выборы проводятся в первом туре абсолютным большинством голосов. Если оно не достигнуто, Президент Республики будет избираться во втором туре большинством голосов между двумя кандидатами, которые получили наибольшее число голосов в первом

² URL: http://www.assemblee-nationale.mg/?page_id=983

³ Document de la banque mondial. Rapport № 54277-MG: Revue de la gouvernance et du développement - Analyse d'économie politique de la gouvernance a Madagascar, 2010.

туре. Второй этап выборов должен пройти через тридцать дней после оглашения официальных результатов первого тура.

Статья 3 органического закона № 2012-015 о выборах первого Президента четвертой республикой подчеркивает что в случае смерти кандидата до голосования или в случае возникновения других форс-мажорных обстоятельств надлежащим образом установлено, Верховным Конституционным Судом, выборы, откладываются на новый срок на условиях, которые будут определены органическим законом. Предусматривается временное отстранение Президентом Республики от своей должности из-за физической или психической неспособности выполнять её, путем голосования каждой палаты парламента большинством в две трети голосов своих членов.

Согласно ст 52 Малагасийской Конституции, если Президент не может выполнять свои функции, их временно осуществляет Председатель Сената, или, в случае невозможности Председателя Сената выполнять этой функцией, то Верховный Конституционный Суд возлагает полномочия Президента на парламент, это называется коллегиальное правительство. На основании ст .53 Малагасийской Конституции, Президент Республики назначает Премьер-министра. Он смещает его, и упраздняет выполняемые им функции. По предложению премьер-министра он назначает других членов Правительства и может отправить их в отставку.

Президент Республики возглавляет также Совет Министров⁴. Он также может принять решение о роспуске национального Собрания в соответствии с условиями предусмотренными ст.58 Конституцией

⁴ URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=66>

Мадагаскара. В этом случае, способ и условия избрания новых депутатов будут определены органическим законом, однако законом запрещается новый роспуск в течение года после выборов⁵.

В соответствии с Указом Президента № 2014-200/ № 2014-235 от 11 апреля 2014 года правительство состоит из одного Премьер-министра, 30 Министров и одного Государственного Секретаря. Правительство реализует политику государства⁶. Правительство несёт ответственность перед Национальным собранием. Премьер-министр осуществляет общую политику государства, руководит деятельностью Правительства и несет ответственность за координацию деятельности министерств. В данный момент Премьер-министр является Кулу Роджер.

Согласно ст.63 Конституции Мадагаскара в функции Премьер-министра также включены следующие пункты. Он: а) имеет право законодательной инициативы; б) подтверждает проекты законов, и предоставляет законопроекты для обсуждения Совету Министров, чтобы они могли быть внесены в Бюро парламентской Ассамблеи на обсуждение; в) обеспечивает исполнение законов; г) осуществляет контроль за исполнением решения суда; д) ведет переговоры и подписывает международные соглашения, не подлежащие ратификации; е) обеспечивает правильное функционирование публичных служб; ж) надлежащее управление финансами со стороны государственных органов и организаций; з) обеспечивает общественную безопасность и правопорядок, соблюдение основных свобод и прав человека; и) возглавляет Межведомственный Комитет Оборона, который отвечает за реализацию политики обороны страны; к) заменяет

⁵ URL: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/mg2010.htm>

⁶ URL: <http://presidence.gov.mg/?p=1014>

Президента Республики в случае его отсутствия в президиум Высшего Совета Национальной Обороны; л) является Главой Администрации.

Для этого Премьер-министр вправе использовать все средства, а также контролировать действия полиции по поддержанию порядка, внутренней безопасности и оборона⁷. Когда говорят о правительстве Мадагаскара, имеют в виду два понятия: а) Совет министров (собрание министров под председательством Президента) и б) Кабинет министров (собрание министров под председательством премьер-министра). Согласно ст.62 Конституции Мадагаскара, служебные обязанности членов Правительства несовместимы с осуществлением любых других общественных полномочий, любой обязанностями профессионального представительства, государственно-служебной должностью или любой другой оплачиваемой профессиональной деятельностью. Занимающий должность министра не имеет права быть депутатом парламента, занимать какую-либо должность общенационального характера и вести какую-либо профессиональную деятельность. Кабинет министров несет полную ответственность за свою деятельность.

В Кабинете министров в 2014 году имеются следующие министры: Министр инфраструктуры, оборудования и обустройства территории; Министр при президенте по стратегическим ресурсам; Министр Национальной Обороны; Министр иностранных дел; Министр Юстиции, хранитель Печати; Министр Финансов и бюджета; Министр Экономики и планирования; Министр Внутренних дел и децентрализации; Министр Промышленности, развития частного сектора и малых и средних предприятий; Министр сельского Хозяйства и развития сельских

⁷ URL:<http://primature.gov.mg>

районов; Министр Здравоохранения; Министр высшего Образования и научных исследований; Министр Национального Образования; Министр Образования технического и профессионального образования; Министр публичных работ; Генеральный инспектор Полиции Рандимбисуа Блез Ричард — Министр общественной Безопасности; Министр окружающей Среды и экологии и лесного хозяйства; Министр Торговли и потребления; Министр Энергетики; Министр водных ресурсов; Министр Рыболовства и рыбных ресурсов; Министр животноводства и защиты животных; Министр транспорта и метеорологии; Министр государственной службы и социального законодательства; Министр социальной Защиты и женщин; Министр туризма; Министр Телекоммуникаций и новых технологий; Министр связи и отношения с учреждениями; Министр Спорта и молодежи; Министр Ремесел, Культуры и наследия; Государственный секретарь по делам национальной обороной и жандармерия⁸.

Как отмечают исследователи (Kevashinee Pillay и Aviva Zimbris)** отсутствие равновесия между ветвями власти и взаимного контроля снижают эффективность, прозрачность и ответственность в действиях правительства⁹. Парламент не имеет реальной принудительной силы в отношении власти Президента, он стал маргинальным элементом системы. Вместо того, чтобы контролировать действия Президента,

⁸ URL: <http://www.madagate.com/madagascar-informations-politiques-malagasy/-a-la-une-de-madagascar/newsflash/>

4063-madagascar-nom-des-membres-du-nouveau-gouvernement-patchwork.html

* Aviva Zimbris является гражданином Франции. Она политическая аналитика, который получил степень магистра в области международных конфликтов из королевского колледжа (Лондон) в 2010 году. Она работала в Париже, Лондоне, Тель-Авиве, Брюсселе и Женеве.

* Kevashine Pillay-адвокат Южно-Африканской Республики. (Bachelor of laws) из Университета Квазулу-Натал и степень Магистра в области права человека и демократизации в Африке.

⁹ URL: <http://www.rywlawglobal.org/globaltex/Madagascar.htm>

парламент «работает на него». Президент имеет сильное влияние на судебную власть в целом и на Верховный Конституционный Суд. Он назначает трех из девяти членов Верховного Конституционного Суда. Верховный Конституционный Суд податлив и учитывает желания президента. Способность судебной власти быть независимой и свободно играть роль защитников прав граждан ограничена¹⁰.

Таким образом, исполнительная власть на Мадагаскаре доминирует над другими ветвями власти.

¹⁰ URL: <http://www.hcc.gov.mg>

ЧЕШСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ГРАЖДАНСКАЯ СЛУЖБА: ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ И СИСТЕМА

ЕКАТЕРИНА ХАЛАПЯН*

Аннотация. В статье анализируется история чешской государственной службы. Рассматривается современная структура государственной гражданской службы Чехии. Характеризуются ее компетенция и роль в государственном механизме.

Ключевые слова: государственная служба, гражданская служба, право Чехии.

CZECH CIVIL SERVICE: THE LEGAL FRAMEWORK AND SYSTEM

EKATERINA HALAPYAN*

Abstract. The article deals with the history of Czech Republic's public service. Contemporary structure of Czech Republic's civil service, its role in the state mechanism are also analyzed in the text.

Keywords: state service, civil service, law of Czech Republic.

* Соискатель кафедры международного и европейского права ВГУ.

* Post-graduate Student of the International and European Law Department, VSU.

По мнению чешских ученых, понятие государственной гражданской службы включают в себя как правоотношения сотрудников, которые работают в сфере публичного управления, так и круг служащих. Р. Помохац и О. Видлакова, в частности, пишут: «концепция публичной службы обычно понимается как совокупность сотрудников правительственных органов и деятельность, ими осуществляемая»¹. Она имеет ряд признаков, определяющих ее качественное своеобразие. Во-первых, это деятельность лиц, замещающих патронатные и административные государственные должности. Во-вторых, ее содержанием является обеспечение исполнения полномочий государственных органов, выполнение государственных функций. В-третьих, она содержится за счет бюджетного финансирования². Вопросы государственной службы в Чехии, подчеркивает Л. Трикар, регулируются законами, конкретизируясь в подзаконных актах³.

Институт гражданской службы Чехии уходит корнями в европейские континентальные традиции. После возникновения в 1918 г. Первой Республики она была построена по образцу Австрийской империи⁴. По Закону о государственной службе 1919 г. все государственные служащие делились на четыре категории по позициям и профессиональным квалификациям. Это также заложило предпосылки для государственной службы, оплате труда чиновников по категориям, прав и обязанностей государственных служащих, правил поведения государственных служащих, санкций за нарушения правил. Закон также

¹ Pomahač R., Vidlakova, O. Veřejna sprava. 1. vydani. Praha: C. H. Beck, 2002, s. 125.

² См.: Svatoň, J., Sirovátka, T. Stát a veřejná politika. Brno, 1995, s. 14 – 18; Pomahač, R. Průvodce veřejnou správou. Praha, 1996, s. 144-146.

³ см.: Trykar, L. Služební poměr statnich zaměstnanců. 1. vydani. Praha: Leges, 2008, s. 11 až 15.

⁴ См.: Grospič, J. K otázkám transformace, reformy a modernizace veřejné správy // Modernizace veřejné správy v Evropě a České republice. s. 10 – 13.

выступал в роли Кодекса этики государственных служащих. Он предусматривал обязанность хранения конфиденциальности даже после окончания контракта государственного служащего. Запрещалось вовлечение сотрудников в каких-либо ассоциации и общества, которые могли повлиять на службу; запрещались подарки. Среди основных элементов правового статуса государственного служащего были звание (ранг), зарплата, премиальные и продвижение по службе. По существу указанные нормы действовали вплоть до 1948 г., после чего специальные нормативные акты были заменены общим трудовым законодательством. В период коммунистического режима в понимании статуса служащего произошли существенные изменения. Как отмечают сами чешские авторы, система государственной службы стала служить коммунистической партии и полностью зависеть от ее политических лидеров⁵. Система «номенклатурных должностей» и «партийных ячеек» требовала, что каждый государственный служащий должен следовать правилам Компартии.

В Трудовой кодекс Чехии 1965 г.⁶ были включены специальные положения о государственных служащих. С 1 января 1966 г. действие трудового законодательства распространилось на государственные органы; при этом нанимателем являлся соответствующий орган власти, а не государство как таковое. В результате 40 лет режима стали результатом слабого вовлечения чиновников в решение задач управления и нежелания принимать участие в процессе принятия решений. Как указывает Я. Харванек, право и обязанность на работу, закрепленные в социалистической Конституции, стали результатом

⁵ Průcha, P., Mrkývka P., Skulová, S. Vybrané kapitoly ze správní vědy. Brno, 1993. s. 12.

⁶ Zákoník práce č. 65/1965 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1965-65

разрастания администрации и создания ряда неэффективных учреждений⁷.

В конце 80-х Чехия начала процесс изменений. Р. Помохац и О. Видлакова подчеркивают, что «реформа государственной администрации стала неотъемлемой частью перемен»⁸. В первые годы перехода к рыночной экономике создание гражданской службы как института государства в известной мере игнорировалось, поскольку это не считалось стратегическим вопросом. Тем не менее, в 1993 г. был подготовлен проект закона о гражданской службе, однако это ничем не окончилось, поскольку политическая коалиция того периода стремилась к либерализации и была против должностей гражданской службы. Кроме того, в проекте предусматривалось слишком много льгот и привилегий для чиновников, не приведенных в соответствие с обязанностями и подотчетностью.

В современной Конституции Чехии вопросы государственной службы закреплены в самом общем порядке. В статье 79 приводится краткая ссылка — «правоотношения государственных служащих министерств и других органов управления устанавливаются законом». Хартия основных прав и свобод 1991 г. утверждает право равного доступа к должностям службы. В Хартии также допускается ограничение основного права чиновников на забастовку. Статья 44 устанавливает, что законом могут быть установлены ограничения: для судей и прокуроров — права заниматься предпринимательской и иной экономической деятельностью и права, указанного в абз. 2 ст. 20 Хартии⁹; для служащих

⁷ см.: Harvánek, J. a kol. Teorie práva. 2. vydání. Brno : MU Brno, 2006. S. 81.

⁸ Pomahač, R., Vidláková, O. Veřejná správa. Praha, 2002. s. 193.

⁹ Согласно абз. 2 ст. 20 Хартии, граждане также имеют право создавать политические партии и политические движения и объединяться в них.

органов государственной администрации и территориального самоуправления, занимающих должности, определенные законом, — кроме того, и права, предусмотренного в абзаце 4 ст. 27¹⁰. Таким образом, этими правами чиновники не пользуются по Конституции.

Первое заявление о необходимости принятия закона о гражданской службе было сделано правительством Земана в августе 1998 г. под влиянием мнения (Opinion) Еврокомиссии. Министерству труда и социальных вопросов было дано поручение подготовить проект закона с предполагаемым введением его в действие не ранее середины 2000 г. и не позднее января 2002 г. Законопроект был одобрен Постановлением правительства № 1068 от 1 ноября 2000 г. и направлен в парламент в декабре 2000 г. В него были включены поправки к Закону о компетенциях 1969 г.¹¹ Однако законопроект не был принят парламентом. Министерству труда было поручено подготовить новый проект закона о гражданской службе и закона о должностных лицах местных и региональных органов власти, на которых не распространялось действие закона о гражданской службе, основанного на концепции, более близкой к трудовым отношениям, чем к отношениям гражданской службы.

Наконец, 26 апреля 2002 г. был принят Закон «О прохождении службы государственными служащими в административных органах и оплате труда этих и других служащих органов управления (Закон о службе)»¹². Большинство его положений вводилось в действие 1 января

¹⁰ Абзац 4 ст. 27 закрепляет право на забастовку, которое гарантируется на условиях, установленных законом. Это право не распространяется на судей, прокуроров, служащих вооруженных сил и вооруженных формирований безопасности.

¹¹ Zákon ze dne 8. ledna 1969 o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České socialistické republiky // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1969-2

¹² Zákon o službě státních zaměstnanců ve správních úřadech a o odměňování těchto zaměstnanců a ostatních zaměstnanců ve správních úřadech (služební zákon) č. 218/2002 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/2002-218

2004 г. До вступления Закона № 218/2002 в силу, пребывание в государственной должности продолжало регулироваться Трудовым кодексом. В § 78 ТК предусматривались особые требования к конкретным категориям государственных служащих (объективность, секретность, отказ от принятия подарков и избежание конфликта интересов). Это положение применялись только в отношении ограниченного круга государственных служащих, включая таможенные органы. Кроме того, эти служащие не могли быть членами руководящих и надзорных органов частных предприятий; они не вправе вести частную экономическую деятельность¹³. Новый ТК Чехии 2006 г.¹⁴ (§ 395) отменил действие ТК 1965 г.; поэтому с 1 января 2007 г. вопросы государственной службы в целом регламентируются законом 2002 г. (в ред.).

Согласно § 5 закона 2002 г., компетенцией службы является область полномочий государственного органа, которые устанавливаются специальным законодательством. Понятие «компетенция службы» взято из трудового права. В соответствии с постановлением правительства № 85/2003¹⁵ в настоящее время в системе государственного управления насчитывается 81 сфера службы. На практике это означает, что чиновник может работать только в рамках того сектора (например, финансов или международных отношений), в который он получил назначение. Как отмечают многие авторы, предполагается, что все чиновники являются специалистами; однако не учитывается, что многие гражданские служащие являются людьми с широким образованием и кругом интересов, способными работать в любом министерстве или

¹³ Pomahač, R. Průvodce veřejnou správou. Praha, 1996. S. 26 — 147.

¹⁴ Zákon ze dne 21. dubna 2006 zákoník práce // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/2006-262

¹⁵ Nařízení vlády, kterým se stanoví obory státní služby č. 85/2003 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/2003-85

государственном учреждении¹⁶. Таким образом, государственный служащий должен выполнять свои обязанности от имени органа, в который был назначен, и в пределах его компетенции. Это положение может поставить под угрозу передвижения по службе как средство приобретения опыта для их карьерного роста. Это понятие проблематично еще и потому, что в нем заложена мысль о том, что чиновник работает на свое руководство, от которого он получил назначение, а не на государство в целом.

В § 6 закона перечислены виды деятельности, которые считаются «службой». Следовательно, они должны выполняться гражданскими служащими. Служба включает в себя: а) подготовку проектов нормативных актов и осуществление полномочий органов государственной власти; б) подготовку проектов международных договоров; в) подготовку проектов планов и программ; г) управление и руководство деятельностью подчиненных органов; д) создание и администрирование информационных систем в государственном управлении, е) государственную статистику; ж) управление соответствующей главой государственного бюджета в отношении государственных учреждений и юридических лиц, принадлежащих государству; з) защиту конфиденциальной информации; и) обеспечение обороны страны; к) защиту интересов Чешской Республики за рубежом; л) политику субсидий; м) организацию исследований и мер по развитию; н) принятие управленческих решений, о) государственный контроль, надзор или наблюдение; п) управление вопросами службы и оплаты труда служащих; р) управление; с) подготовку и составление

¹⁶ URL: www.fi.muni.cz/katalog2012/obory_html/bc-invs.xhtml.cs

основополагающих документов для данного вида деятельности, за исключением документов, касающихся физических измерений, химических анализов, или контроля, сравнения и определения технических параметров.

В законе 2002 г. были установлены 12 классов¹⁷ госслужащих. В приложении к закону указаны компетенция чиновника и требования к его образованию. Например, чиновник 10 класса с назначением — министерский совет (ministerský rada), государственный совет (státní rada), совет правительства (vládní rada) — должен быть специалистом в системе деятельности министерств и центральных административных органов или с широкими связями с другими отраслями управления по всей стране. Данное лицо должно иметь высшее образование уровня магистратуры.

Для каждой должности установлены минимальные требования в отношении образования. Например, для референта (referent) — профессионально-техническое образование¹⁸, для высшего инспектора (vrchní inspektor) — высшее профессиональное образование или университетское со степенью бакалавра¹⁹. Старшие чиновники (vrchní ministerský rada, vyšší státní rada, vládní rada др.) вправе управления подчиненными на отдельных уровнях управления административным органом, обозначать служебные задания, организовывать, направлять и контролировать выполнение служебных обязанностей, а также отдавать обязательные для исполнения предписания.

¹⁷ platová třída — чеш.

¹⁸ Zákon o soustavě základních a středních škol (školský zákon) č. 29/1984 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1984-29

¹⁹ Zákon o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách č. 111/1998 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1998-111

Таким образом, закон 2002 г. был направлен на уменьшение политизации и повышение профессионализма государственной службы. В системе отбора и найма на службу имеются недостатки, хотя рекрутинг, как пишут Р. Помохац и О. Видлакова, строится на планировании²⁰.

15 июня 2002 г. в Правительстве Чехии было создано Главное управление гражданской службы (ГУГС)²¹. ГУГС действует в качестве организационного, концептуального, координационного, централизованного исполнительного органа по отношению к различным аспектам государственной службы. ГУГС выполняет следующие функции: а) подготовка проекта кадрового плана и контроль за его осуществлением, б) подготовка проектов нормативно-правовых актов, касающихся различных вопросов государственной службы, за исключением проектов нормативно-правовых актов об оплате труда; в) подготовка проектов специальных нормативных предписаний, касающихся государственной службы; г) обеспечение единообразного подхода к исполнению и реализации положений закона, нормативных актов, принятых для его осуществления и реализации нормативных актов; д) координация реализации образовательных программ для чиновников и кандидатов; е) ведение информационной системы для обслуживания лиц и начисления заработной платы; данная система должна включать в себя реестр государственных служащих и лиц, готовящихся к службе; ж) присвоение регистрационных номеров для государственных служащих; з) выполнение других функций в соответствии с Законом 2002 г.²²

²⁰ Pomahač, R., Vidláková, O. Veřejná správa. S. 25 — 27.

²¹ Generální ředitelství státní služby // URL: www.vlada.cz/cz/urad-vlady/organizacni-struktura/organizacni-schema-uradu-vlady-cr-65949/

²² Zákon České národní rady o státní kontrole č. 552/1991 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1991-552

ГУГС ведет Реестр государственных служащих. Реестр включает в себя следующие данные: а) фамилию, имя и академическое звание, б) номер свидетельства о рождении, в) регистрационный номер служащего, г) должность государственного служащего; д) дата начала и окончания служебных отношений, е) тип службы; ж) область служебных функций; з) орган, в котором служащий выполняет свою работу.

По данным Минфина Чехии, в настоящее время число штатных сотрудников, на которых распространяется действие закона № 218/2002, составляет 50 тыс. человек (около 10,3 % всего аппарата управления)²³.

В соответствии с законом 2002 г. в административном органе, в котором работают не менее 25 работников, должен быть образован департамент кадров. Департамент должен обеспечивать реализацию организационных аспектов службы, заниматься трудовыми отношениями госслужащих и других работников в рамках данного органа. Если департамент не создан, его выполняют департаментом кадров вышестоящего органа власти. ГУГС является департаментом кадров для центральных административных органов.

Для каждой государственной структуры ГУГС утверждает кадровый план, который устанавливает: а) число служебных должностей для государственных служащих, классифицируемых на основе шкалы заработной платы; б) число служебных должностей для руководящих государственных служащих, классифицируемых на основе шкалы заработной платы; в) объём средств, выделяемых на заработную плату государственных служащих органов государственной власти; г) число позиций, выделенных для лиц, проходящих подготовку в

²³ URL: www.mfcr.cz/cs/o-ministerstvu/verejne-diskuze

административных органах, классифицируемых на основе шкалы заработной платы; д) объём средств, выделяемых на заработную плату стажеров и кандидатов на службу в государственных органах.

Потолок численности персонала по отдельным частям государственного управления был установлен в Постановлении Правительства «О контроле за средствами, расходуемыми на заработную плату и резервную оплату служебной деятельности в бюджетных и некоторых других организациях и учреждениях» 1995 г.²⁴ Правительству поручалось зафиксировать пределы штатного состава и средства на заработную плату. В бюджете предусматривалась максимальная общая сумма средств на заработную плату и другие выплаты за выполненную работу, но не указывается общее число служащих. До 1997 г. правительство выполняло это постановление, ограничивая сумму, используемую для поощрения служащих за счет сокращения штатов, до 3% от общего фонда зарплаты организации. С 1997 года правительство отказалось от обязательного соблюдения экономии на заработной плате, если численность персонала составляла менее 97% от верхнего предела. До 2003 г. руководство каждого органа государственного управления вело свою собственную компьютеризованную систему штата сотрудников, значительно затруднявшую подсчет численности персонала. В настоящее время численность персонала и затраты на персонал контролируются Министерством финансов. В Постановлении Правительства № 289/2002²⁵ устанавливается объем и способы

²⁴ Nařízení vlády o usměrňování výše prostředků vynakládaných na platy a na odměny za pracovní pohotovost v rozpočtových a v některých dalších organizacích a orgánech č. 48/1995 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1995-48

²⁵ Nařízení vlády, kterým se stanoví rozsah a způsob poskytování údajů do Informačního systému o platech č. 289/2002 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/2002-289

представления данных для информационной системы службы и заработной платы²⁶, которая была введена Министерством в 2002 г. По новой системе Министерством финансов обрабатывается около половины бюджетных разделов. Система строится на обычном совместимом программном обеспечении для ведения штата сотрудников. Министерство труда на основе законов о фондах заработной платы и Министерство финансов на основе государственного бюджета обеспечивают расходование средств в установленных пределах. Однако во внутренней системе контроля имеется еще ряд недостатков, которые намереваются устранить в новом законе о финансовом аудите. В законе о гражданской службе предусмотрена схема, применение которой должно обеспечить усиление и прозрачность мер контроля над численностью штатов и затратами, а именно: подготовку ежегодного плана кадрового обеспечения, подробно описывающего численность персонала, приравненные к должностям чины, соответствующие оклады, центральную информационную систему, новую организационную структуру, а также реестр персонала.

Согласно § 17 Закона 2002 г., лицо, которое обращается в письменной форме для приема на подготовку к службе (заявитель, кандидат) должно удовлетворять следующим условиям: а) быть гражданином Чешской Республики²⁷; б) быть не моложе 18 лет; в) быть полностью дееспособными; г) не иметь судимости; это условие не будет считаться выполненным в случае, если лицу предъявлено обвинение в совершении преступления до тех пор, пока оно не будет отозвано, либо

²⁶ URL: <https://www.isss.cz>

²⁷ Zákon o nabytí a pozbytí státního občanství České republiky č. 40/1993 // URL: www.zakony-online.cz/?s148&q148=all

если лицо было осуждено вопреки правовым нормам; д) завершить основную военную или альтернативную службу, либо гражданскую службу в случае, если это применимо к заявителю; е) получить образование, необходимое для осуществления служебной деятельности, в том числе знание иностранного языка или других обоснованных профессиональных требований, установленных административным органом насколько это необходимо для выполнения служебных обязанностей; ж) соответствовать требованиям по состоянию здоровья²⁸.

Заявитель может быть допущен к подготовке к службе, лишь после прохождения специального конкурсного отбора. Объявление о конкурсе на подготовку к службе должно быть публичным. Оно должно содержать следующую информацию: а) предварительные условия в соответствии с § 17, б) должностные обязанности того поста, для замещения которого будет проходить подготовка, в) требования для потенциального доступа к конфиденциальной информации в соответствии с соответствующими правовыми нормами, если это будет необходимо для осуществления служебных обязанностей должности, для замещения которой будет осуществляться подготовка²⁹, г) ожидаемая заработная плата во время подготовки к службе, д) ожидаемая заработная плата в случае назначения заявителя на службу, е) дата, к которой заявление о приеме на подготовку к службе должно быть представлено в соответствующий орган.

²⁸ Směrnice Ministerstva zdravotnictví o posuzování zdravotní způsobilosti k práci, ve znění směrnic Ministerstva zdravotnictví ČSR č. 17/1970 ve Věstníku MZd ČSR, o změnách v posuzování zdravotní způsobilosti k práci ze dne 21. května 1970, jak vyplývá ze změn a doplnění provedených vyhláškami č. 487/1991 Sb., č. 31/1993 Sb. a zákonem č. 61/2000 // URL: www.guard7.cz/files/pdf/smer_mz_67-049.pdf

²⁹ Zákon ze dne 11. června 1998 o ochraně utajovaných skutečností a o změně některých zákonů // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1998-148

Заявитель обязан доказать своё соответствие требованиям, указанным в § 17, государственному органу путём предоставления соответствующих документов или их надлежаще заверенных копий³⁰ при подаче заявления о приеме на подготовку к службе. Соответствие условию об отсутствии судимости должно быть подтверждено соответствующей выпиской (§ 11 закона «Об уголовной регистрации» 1994 г.³¹), которая должна быть выдана не позднее чем за три месяца до подачи заявления.

Административный орган должен немедленно уведомить заявителей, которые не выполнили предварительные условия, указанные в § 17, в письменной форме, и указать причину, по которой они не могут участвовать в конкурсе. Приемная комиссия должна провести собеседование с заявителем, которые соответствуют заявленным требованиям. Собеседование должно касаться вопросов, связанных с кругом служебных вопросов, касающихся той должности, для замещения которой будет проходить подготовка, а также навыков владения иностранным языком, если это необходимо.

Собеседование может быть заменено или дополнено письменным экзаменом. Руководитель учреждения должен установить приказом содержание общей части этого экзамена, а административный орган должен закрепить в специальном акте содержание особенной части этого испытания.

Приемная комиссия должна состоять из трех членов, которые назначаются и отзываются административным органом из числа государственных служащих, которые работают в том госоргане, который

³⁰ URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1992-358

³¹ URL: <http://www.zakonyprolidi.cz/cs/1994-269>

объявил конкурс. Государственные служащие, которые работают в департаменте кадров, как правило, должны быть членами такой приемной комиссии (§ 18 Закона 2002 г.).

После завершения собеседования приемная комиссия составляет список заявителей в порядке, в котором они завершили конкурс. Соответствующий орган обязан проинформировать об этом заявителей в письменной форме.

Позиции, достигнутые в результате конкурса, должны предоставить заявителю право быть допущенным к подготовке ко службе. Если заявитель с более выгодным местом явно не проявляет заинтересованности в приеме на подготовку к службе, то такое право переходит к следующему из заявителей в соответствии с местами, на которых они завершили конкурс.

На основании § 19 Закона 2002 г. приемная комиссия может также завершить конкурс, заявив, что ни один из претендентов не подходит для приема на подготовку к службе; в таком случае, объявляется новый конкурс.

Согласно § 20 Закона 2002 г., конкурс не проводится, если лицо, которое отвечает предварительным условиям, указанным в § 17 и в специальных актах о доступе к конфиденциальной информации³², а также которые выполняли обязанности члена Правительства, Палаты представителей парламента или сенатора Парламента в течение последних четырех лет, должен быть назначен на руководящую должность в зарубежном государственном органе. Кроме того, конкурс не проводится в отношении должностей в Совете Комиссии по ценным

³² Zákon ze dne 11. června 1998 o ochraně utajovaných skutečností a o změně některých zákonů // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/1998-148

бумагам, если соответствующее физическое лицо отвечает предварительным условиям, указанным в § 17 (1) и в специальных актах о доступе к конфиденциальной информации.

Подготовка к службе обычно занимает 12 месяцев. Срочные трудовые отношения должны, как правило, быть установлены с заявителем с целью подготовки к службе. Трёхмесячный испытательный срок должен быть частью срока подготовки к службе. Период подготовки к службе может быть сокращен или продлен с согласия заявителя для подготовки к службе. Руководитель кандидата, под руководством которого будет проходить подготовка к службе, также может предложить госоргану сократить или продлить период подготовки к службе.

Подготовка кандидата на службу должна концентрироваться на освоении основ прохождения службы на должности госслужбы, для занятия которой подготовка ведется. Подготовка к службе является выполнением работы, за осуществление которой кандидат имеет право на получение заработной платы.

Подготовка к службе не осуществляется в случаях, указанных в § 20 — в отношении лиц, которые находились в трудовых отношениях государственной службы в краях и муниципалитетах не менее трех лет до конкурса, а их профессиональная квалификация была проверена экзаменом в соответствии с специальными правовыми актами³³.

Кандидат и лица, которые имеют практический опыт работы в соответствующей сфере государственной службы в

³³ См. также: Vyhláška Ministerstva vnitra o ověřování zvláštní odborné způsobilosti zaměstnanců obcí, krajů, hlavního města Prahy, městských částí hlavního města Prahy a okresních úřadů, osob stojících v čele zvláštních orgánů zřízených na základě zvláštních zákonů a předsedů komisí, kterým byl svěřen výkon přenesené působnosti, (vyhláška o zvláštní odborné způsobilosti) č. 345/2000 // URL: www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-345

неправительственных организациях или частном секторе, по крайней мере, в течение трех лет и соответствуют требованиям, указанным в § 17, имеют право сдавать экзамен для определения того, обладает ли кандидат необходимыми знаниями и достаточно ли подготовлен для соответствующей должности. Экзамен должен состоять из письменной и устной частей; они должны проводиться в один день. Экзаменационный комитет может принять решение о том, что письменная и устная части экзамена могут проводиться в разные дни.

До истечения срока срочного трудового договора непосредственный начальник кандидата вместе с его руководителем должен представить в соответствующий орган доклад с оценкой кандидата, который должен включать заключение относительно того, подготовлен ли кандидат для работы на должности, для занятия которой он проходил подготовку. Соответствующий орган должен ознакомить кандидата с данной оценкой и, по запросу, обязан выдать заверенную копию доклада. Если кандидат намерен пройти экзамен, то госорган обязан также переслать доклад в экзаменационный комитет.

Государственный орган обязан позволить кандидату сдать должностной экзамен, указав дату его проведения. Если имеются препятствия по работе, которые не позволяют кандидату пройти данный экзамен в установленную дату, период его трудовых отношений должен быть продлен так, чтобы он истекал по истечении одного календарной недели от даты, которая была назначена как дата проведения экзамена, после того, как препятствия для этого были устранены, однако не более 6 календарных месяцев. Государственный орган обязан назначить дату, место и время проведения должностного экзамена, сформировать

экзаменационную комиссию и в письменной форме пригласить кандидата. Кандидат должен быть приглашен не менее чем за 3 недели до даты проведения экзамена.

Экзаменационный комитет выдает сертификат о прохождении должностного экзамена или его части; он обязан направить этот сертификат в соответствующий государственный орган. Данный госорган должен незамедлительно доставить этот сертификат в кандидату.

Экзаменационный комитет должен составить письменный отчет о несдаче должностного экзамена, который направляется в соответствующий орган. Получив отчет, госорган должен незамедлительно его кандидату. Если кандидат не сдаёт экзамен или один из его этапов, то административный орган, на основании его письменного запроса, разрешает сдачу повторного экзамена или одного из его этапов. Кандидат должен иметь право на повторную сдачу должностного экзамена, но только один раз. Запрос о пересдаче должен быть подан в соответствующий в течение пяти календарных дней с момента получения отчета о несдаче; в противном случае, право повторной сдачи экзамена или его части должно считаться истекшим. Повторный экзамен может быть проведён не ранее чем через три месяца.

В сентябре 2001 г. правительством был создан Отдел организации, управления кадрами и профессиональной подготовки работников государственных учреждений. В его рамках был создан Институт государственного управления для разработки стратегии и методологии, а также координации образования и профессиональной подготовки в центральных государственных органах. Закон 2002 г. регулирует главные

компетенции этого Института (§ 89-94). Институт также готовит потенциальных кандидатов (которые могут быть гражданскими служащими и частными лицами) для заполнения "чешских" квот ЕС. Профессиональное обучение обычно обеспечивается и финансируется соответствующими министерствами.

Таким образом, принятие Закона 2002 г. явилось позитивным шагом, направленным на сближение чешской системы гражданской службы с системой стран-членов ЕС, как подчеркивают сами чешские авторы³⁴. На его основе необходимо решительно преодолеть хотя проблемы подбора и найма персонала и конфликта интересов³⁵, появится возможность повысить уровень профессионализма и уменьшить коррупцию в чешской гражданской службе.

В 2007 г. в Чехии началась модернизация государственного управления. Целью стало повышение участия общественности в управлении и снижение бюрократии. Постановлением Правительства от 22 августа 2007 г. было создано Бюро по вопросам государственного управления³⁶. Правительством был утвержден Устав Бюро³⁷. Его председателем был назначен Министр внутренних дел. Бюро начало энергично функционировать. В частности, оно разработало проект «Умная администрация», Стратегию на 2007-15 гг. «Эффективное государственное управление и государственная служба»³⁸. В соответствии с Постановлением Правительства от 20 июля 2011 г. «О

³⁴ URL: www.mfcr.cz/en/statistics/national-reform-programme/report-on-implementation-of-the-national-10069

³⁵ См.: Biriukov P. On the principles of regulation of legal entities in the EU law // Международно-правовые чтения / отв. ред. П. Н. Бирюков. — Воронеж: ВГУ, 2014. — Вып. 12. С. 27-41

³⁶ URL: www.mvcr.cz/clanek/gremium-pro-regulacni-reformu-a-efektivni-verejnou-spravu-538991.aspx

³⁷ Statut Grémia pro veřejnou správu // URL: www.mvcr.cz/soubor/statut-gremia-07122011-doc.aspx

³⁸ Efektivní veřejná správa a přátelské veřejné služby . Strategie realizace Smart Administration v období 2007–2015 // URL: www.mvcr.cz/clanek/modernizace-verejne-spravy-49614.aspx?q=Y2hudW09Mw%3D%3D

завершении реформы государственного управления» в 2012-13 гг. проведен ряд мероприятий по совершенствованию центрального аппарата госслужбы.

Таким образом, действующая в Чехии система отбора и найма может гарантировать проведение конкурса на основе критерия деловых качеств, необходимых для приема на гражданскую службу. В этом смысле она соответствует нормам государств-членов ЕС, хотя предстоит урегулировать следующие вопросы: необходимость упорядочения оценок и оценки деловых качеств кандидатов на гражданскую службу, отсутствие судебного надзора над порядком поступления на службу, а также самоуправство при отказе кандидатам в приеме на основании будущего несоблюдения демократических принципов, воплощенных в Конституции, или будущего невыполнения должным образом своих обязанностей. Возможно, будет целесообразным проведение обязательного обучения в период «подготовки», уменьшится протекционистский по отношению к имеющимся гражданским служащим характер системы, если заполнение вакансий будет способствовать модернизации чешской гражданской службы.

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: intlaw-vsu@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-vsuv@yandex.ru](mailto:intlaw-vsuv@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 13

Доступно по адресам:

www.intern.law.vsu.ru/Международно-правовые_чтения_Выпуск_13.pdf

www.intern.law.vsu.ru/International_law_readings_Vol_13.pdf

Воронежский государственный университет.

394006, г. Воронеж, пл. им. Ленина, 10а.

Тел.: (473) 255-84-92; e-mail: [intlawn-vsu@yandex.ru](mailto:intlaw-vsu@yandex.ru)