

**Воронежский государственный
университет**

**Кафедра международного
и европейского права**

**Международно-правовые
ЧТЕНИЯ**

Выпуск 15

**Воронеж
2014**

ВОРОНЕЖСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Кафедра международного и европейского права

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ЧТЕНИЯ

Выпуск 15

www.intlawvsu.ru

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

Воронеж

2014

VORONEZH STATE UNIVERSITY
Chair of International and European law

INTERNATIONAL LAW READINGS

Volume 15

www.intlawvsu.ru

intlaw-vs@yandex.ru

Voronezh

2014

ББК 67.91

М43

Редакционная коллегия:

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

e-mail: birukovpn@yandex.ru

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

e-mail: galushko@law.vsu.ru

Международно-правовые чтения / отв. ред. П. Н. Бирюков. —
Воронеж: ВГУ, 2014. — Вып. 4 (15). — 219 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. 4 (15). — 219 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. Some aspects of the fighting against the cybercrime in the EU 14

Данельян А.А. Формы принудительного изъятия иностранной собственности 29

Жданов И.Н. МИД Финляндии и его развитие в обеспечении участия Финляндии в европейской интеграции 58

Клёмин А.В. Антимонопольное законодательство ЕС. Процедуры и штрафы 66

Ключников А.Ю. Особенности привлечения к уголовной ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства, не проживающих постоянно в Российской Федерации 84

Труханов Д.А. Унификация правового режима международной купли-продажи товаров в рамках СНГ 92

Шарифов М.Ш. Государственный суверенитет при взаимодействии государства с иностранными государствами 102

ЧАСТЬ II. Колонка зарубежного автора

Gaidei K. Universal criminal jurisdiction for *jus cogens* crimes: a right or an obligation *egra omnes* 140

Гончар Т.М. Правовая охрана промышленных образцов в Республике Беларусь (исторический аспект) 154

Тумофеева А. Protocol No. 7 to the European convention on human rights: thirty years of experience 166

ЧАСТЬ III. Трибуна молодых учёных

Нгуен Тхи Тхуи. О таможенном законодательстве Вьетнама 193

Петро С. Европейский совет 203

Правила оформления статей 216

CONTENTS

PART I. International and European law

- Biriukov P.N.** Some aspects of the fighting against the cybercrime in the EU 14
- Danelyan A.A.** Forms of forced removal of foreign ownership 29
- Zhdanov I.N.** Ministry for Foreign affairs of Finland and its development in ensuring the participation of Finland in the European integration 58
- Klemin A.V.** Antimonopoly legislation of the EU. Procedures and fines 66
- Klyuchnikov A.Ju.** Criminal liability features of the foreign citizens and stateless persons who aren't living constantly in the Russian Federation 84
- Trukhanov D.A.** The unification of the legal regime of international sale of goods within the CIS 92
- Sharifov M.Sh.** State Sovereignty of the cooperation of States with foreign states 102

PART II. Column of foreign authors.

- Gaidei K.** Universal criminal jurisdiction for *jus cogens* crimes: a right or an obligation *egra omnes* 140
- Gonchar T.M.** Legal protection of industrial designs in the Republic of Belarus (historical aspect) 154

Tymofeyeva A. Protocol No. 7 to the European convention on human rights: thirty years of experience 166

PART III. The tribune of young scientists

Nguyen Thi Thuy. Customs legislation of Vietnam 193

Sinjari P. European Council 203

Instructions for Manuscript Submission 218

ЧАСТЬ I. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

SOME ASPECTS OF THE FIGHTING AGAINST THE CYBERCRIME IN THE EU

PAVEL BIRIUKOV*

***Abstract.** The article deals with different aspects of the Fighting against the cybercrime in the EU. The larger part of the article is devoted to the Cyber security strategy of the EU. Implementing Measures are also described. . Main attention is paid to the coordination between NIS competent authorities/CERTs and law-enforcement bodies.*

***Keywords:** EU; the European Cybercrime Centre; EU-agencies; implementing measures; mutual legal assistance; joint investigation teams.*

Introduction

The Internet and more broadly cyberspace has had a tremendous impact on all parts of society. Our daily life, fundamental rights, social interactions and economies depend on information and communication technology working seamlessly. An open and free cyberspace has promoted political and social inclusion worldwide; it has broken down barriers between

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

countries, communities and citizens, allowing interaction and sharing of information and ideas across the globe; it has provided a forum for freedom of expression and exercise of fundamental rights, and empowered people in their quest for democratic and more just societies—most strikingly during the Arab Spring.

For cyberspace to remain open and free, the same norms, principles and values that the EU upholds offline, should also apply online. Fundamental rights, democracy and the rule of law need to be protected in cyberspace. Our freedom and prosperity increasingly depend on a robust and innovative Internet, which will continue to flourish if private sector innovation and civil society drive its growth. But freedom online requires safety and security too. Cyberspace should be protected from incidents, malicious activities and misuse; and governments have a significant role in ensuring a free and safe cyberspace. Governments have several tasks: to safeguard access and openness, to respect and protect fundamental rights online and to maintain the reliability and interoperability of the Internet. However, the private sector owns and operates significant parts of cyberspace, and so any initiative aiming to be successful in this area has to recognise its leading role.

1. EU-Cybersecurity strategy: general provisions

In February 2013, the Commission adopted a Communication on Cyber security strategy¹ which outlines the EU's vision on how to enhance security in cyberspace and sets out the actions required.

The European Cybercrime Centre was established on 28 March 2012 on the basis of Communication on a European Cybercrime Centre². The Centre, which started operations in January 2013, acts as the focal point in the fight against cybercrime in the Union and should have four core functions. It should: a) serve as the European cybercrime information focal point; b) pool European cybercrime expertise to support Member States; c) provide support to Member States' cybercrime investigations; d) become the collective voice of European cybercrime investigators across law enforcement and the judiciary.

Having conducted a feasibility study on the creation of such a centre³, at the request of the Council⁴, the Commission proposes a European Cybercrime Centre (hereinafter—EC3), which will be part of Europol and act as the focal point in the fight against cybercrime in the EU. This Communication drawing on the feasibility study outlines the proposed core functions of the European Cybercrime Centre, explains why it should be located in Europol, and how it can be established. Resource implications will however need to be further assessed and provided for the principle of subsidiarity, it is proposed that the EC3 should focus on the following major strands of cybercrime:

¹ Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace // http://www.ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/cybercrime/docs/join_2013_1_en.pdf

² Brussels, 28.3.2012. COM(2012) 140 final

³ Feasibility study for a European Cybercrime Centre, Final Report, February 2012.

⁴ Council Conclusions concerning an Action Plan to implement the concerted strategy to combat cybercrime, 3010th General Affairs Council meeting, Luxembourg, 26 April 2010.

(i) Cybercrimes committed by organised crime groups, particularly those generating large criminal profits such as online fraud;

(ii) Cybercrimes which cause serious harm to their victims, such as online child sexual exploitation; and

(iii) Cybercrimes (including cyber-attacks) affecting critical infrastructure and information systems in the Union⁵. Considering the ever-evolving nature of cybercrime, there should also be scope for taking action both in response to Member States' requirements and to deal with the emergence of new cybercrime threats facing the Union.

The EC3 should have four core functions:

a) Serve as the European cybercrime information focal point

A information fusion function would ensure information collection on cybercrime from the widest array of public, private and open sources, enriching available police data. It should gradually bridge current gaps in the information available from the communities responsible for cyber-security and for tackling cybercrime. The information gathered would concern cybercrime activities, methods and suspects. It serves to improve both knowledge of cybercrime and its prevention, detection and prosecution, and to encourage appropriate links between law enforcement authorities, the Computer Emergency Response Team (CERT) community and private sector Information Communication Technology (ICT) security specialists. The sharing of information needs to respect confidentiality agreements and rules between different parties.

⁵ As defined in Council Directive 2008/114/EC of 8 December 2008. This Directive is currently under revision, the EC3 would take into account further developments.

The information fusion function would also be useful for improving cybercrime reporting and information sharing. The Commission would like Member States to make it a requirement that serious cybercrime offences be reported to national law enforcement authorities⁶. This would enable national police services to provide information on serious cybercrimes more consistently to the EC3 which, in turn, would disseminate this information so that colleagues in other Member States would know if they are working towards the same target and benefit from each other's information in investigations.

The aim is to broaden the information picture on cybercrime in Europe over time so as to produce high-quality strategic reports on trends and threats, to become knowledgeable on the basis of comprehensive crime figures and to improve operational intelligence from an information base which draws on a variety of sources.

b) Pool European cybercrime expertise to support Members States in capacity building

The EC3 should assist Member States with expertise and training to curb cybercrime. The primary focus is on law enforcement, but training should also be offered to the judiciary.

Existing initiatives from Europol, CEPOL and the Member States would be streamlined following a thorough needs analysis in order to ensure better coordination and complementarity. This training should range from in-depth technical expertise to broader capacity building for police officers, prosecutors and judges to tackle cybercrime casework.

⁶ Such as the ones listed in Articles 3 to 7 of the tabled draft Directive on attacks against information Systems // COM(2010)517 final, 30 September 2010.

A cybercrime desk should be created to exchange best practice and knowledge, and to engage with and respond to queries from Member States and international law enforcement authorities, the judiciary, the private sector and civil society organizations, for example, in the case of cyber attacks or new forms of online scams.

It should support the activities of, and render advice to, cybercrime expert groups, including the European Union Cybercrime Task Force and experts in combating online child sexual exploitation. It should also establish cooperation with the developing network of cybercrime centres of excellence, such as 2Centre, and the research community. The EC3 should also help Member States in their efforts to develop and deploy an online cybercrime reporting application, based on agreed standards, to link reporting streams from a variety of actors (companies, national/governmental CERTs, citizens etc.) to national law enforcement bodies and from national law enforcement bodies to the EC3.

The EC3 should engage with and facilitate exchange of best practice across the criminal justice community and law enforcement field. Effective involvement of the judiciary in tackling cybercrime is of paramount importance for improving the prosecution of serious cybercriminals across the Member States.

c) Provide support to Member States' cybercrime investigations

The EC3 should provide operational support to cybercrime investigations, for example, encouraging the establishment of cybercrime Joint Investigations Teams and the exchange of operational information in on-going investigations.

It should also provide high-level forensic assistance (facilities, storage, tools) and encryption expertise for cybercrime investigations.

d) Become the collective voice of European cybercrime investigators across law enforcement and the judiciary

Over time, the EC3 could act as a rallying point for European cybercrime investigators, providing them with a collective voice in discussions with the ICT industry and other private sector companies as well as with the research community, users' associations and civil society organisations on how to better prevent cybercrime and to coordinate targeted research activities.

The EC3 would be the natural interface to Interpol's cybercrime activities and other international police cybercrime units. It could also coordinate input into ongoing initiatives on Internet governance and the UN's open-ended intergovernmental expert group on cybercrime.

The EC3 should also collaborate with organisations such as INSAFE15 in the delivery of public awareness campaigns, updating them in response to changes in cybercrime identified by the Centre's analysis with a view to encouraging prudent and safe online behaviour.

The European Cybercrime Centre should be part of Europol, located within its existing structures. This carries distinct advantages. Europol has a recognised role amongst Member States and other stakeholders, including Interpol and international law enforcement authorities, and already has a mandate to deal with computer crime⁷. The core business of Europol is to help achieve a safer Europe for the benefit of all citizens, by supporting EU

⁷ European network of Awareness Centres promoting safe, responsible use of the Internet and mobile devices to young people.

law enforcement authorities through the exchange and analysis of criminal intelligence.

The Commission suggests establishing an EC3 Programme Board within the governance structure of Europol, which would be chaired by the Head of the EC3. This instrument would give other stakeholders, such as Eurojust, CEPOL, Member States, as represented by the EU Cybercrime Taskforce, ENISA and the Commission, the possibility to bring in their respective know-how, without creating unnecessary additional administrative burden. The Board could act to drive accountability for the delivery of EC3 cybercrime activities and thus would ensure that they are carried out in partnership, recognising the added expertise and respecting the mandates of all stakeholders.

2. Implementing Measures

The EC3 should ensure a coordinated response to cybercrime, not only enabling joint working between EU agencies, but also serving as a single European point of contact in this field.

a) Member States

The key aim is to assist Member States' in the fight against cybercrime. The EC3's cybercrime helpdesk and deliverables, such as more focused threat analysis and better informed operational support will benefit cybercrime investigators across Europe. The EU Cybercrime Taskforce would ensure representation of Member States' concerns on the EC3 Programme Board. Moreover, Member States' will need to continue to make necessary investments in their national structures to fight cybercrime, so as to have adequate interfaces for interaction with the EC3.

b) European agencies and other actors

Relevant agencies, notably Eurojust, CEPOL and ENISA, as well as the CERT-EU, would be directly involved in the activities of the EC3 not only through their participation in the Programme Board, but also through operational cooperation where relevant and taking into account their respective mandates.

c) International partners

In its quest to develop into the European cybercrime information focal point, the EC3 should become a valuable interlocutor for international partners on cybercrime matters. The EC3 should, in partnership with Interpol and our strategic partners around the globe, strive to improve coordinated responses in the fight against cybercrime and ensure that law enforcement concerns are taken into account in the further development of cyberspace.

d) Private sector, research communities and civil society organisations

Building trust and confidence between the private sector and law enforcement authorities is of utmost importance in the fight against cybercrime. Consolidating Europol's work with existing and new partners, the EC3 should build trusted networks and information exchange platforms with industry and other actors such as the research community and civil society organisations. These should facilitate cross-community information sharing on a range of issues, including early warning of cyber threats, and collaborative "task force" style responses to cyber attacks and other types of cybercrime.

The EC3 should also contribute to wider efforts of private sector companies with substantial digital assets, such as banks and online retailers,

to fight and better protect against cybercrime and to minimise vulnerabilities in developing technologies.

It is in the mutual interest of law enforcement authorities and the private sector to arrive at a better measurement of the cybercrime landscape in real time as well as to strive for more effective dismantling of cybercrime networks via an enhanced detection of new *modi operandi* and the swift arrest of cybercriminals.

The European Cybercrime Centre will act as the focal point in Europe's fight against cybercrime; by pooling expertise, supporting criminal investigations and promoting EU-wide solutions, while raising awareness of cybercrime issues across the Union. As such, the Centre would contribute to the safeguarding of an open Internet and the legitimate digital economy, and to the protection of Europe's online citizens and businesses.

Cyber incidents do not stop at borders in the interconnected digital economy and society. All actors, from NIS competent authorities, CERTs and law enforcement to industry, must take responsibility both nationally and at EU-level and work together to strengthen cybersecurity.

The EU should safeguard an online environment providing the highest possible freedom and security for the benefit of everyone. While acknowledging that it is predominantly the task of Member States to deal with security challenges in cyberspace, this strategy proposes specific actions that can enhance the EU's overall performance. These actions are both short and long term, they include a variety of policy tools⁷ and involve different types of actors, be it the EU institutions, Member States or industry.

The EU vision presented in this strategy is articulated in five strategic priorities, which address the challenges highlighted above:

- Achieving cyber resilience;
- Drastically reducing cybercrime;
- Developing cyberdefence policy and capabilities related to the Common Security and Defence Policy (CSDP);
- Develop the industrial and technological resources for cybersecurity;
- Establish a coherent international cyberspace policy for the European Union and promote core EU values.

As different legal frameworks and jurisdictions may be involved, a key challenge for the EU is to clarify the roles and responsibilities of the many actors involved.

Given the complexity of the issue and the diverse range of actors involved, centralised, European supervision is not the answer. National governments are best placed to organise the prevention and response to cyber incidents and attacks and to establish contacts and networks with the private sector and the general public across their established policy streams and legal frameworks. At the same time, due to the potential or actual borderless nature of the risks, an effective national response would often require EU-level involvement. To address cybersecurity in a comprehensive fashion, activities should span across three key pillars—NIS, law enforcement, and defence—which also operate within different legal frameworks:

3. Coordination between NIS competent authorities/CERTs, law enforcement

1. National level

Member States should have, either already today or as a result of this strategy, structures to deal with cyber resilience, cybercrime and defence; and they should reach the required level of capability to deal with cyber incidents. However, given that a number of entities may have operational responsibilities over different dimensions of cybersecurity, and given the importance of involving the private sector, coordination at national level should be optimized across ministries. Member States should set out in their national cybersecurity strategies the roles and responsibilities of their various national entities.

Information sharing between national entities and with the private sector should be encouraged, to enable the Member States and the private sector to maintain an overall view of different threats and get a better understanding of new trends and techniques used both to commit cyber-attacks and react to them more swiftly. By establishing national NIS cooperation plans to be activated in the case of cyber incidents, the Member States should be able to clearly allocate roles and responsibilities and optimise response actions.

2. EU level

Just as at national level, there are at EU level a number of actors dealing with cybersecurity. In particular, the ENISA, Europol/EC3 and the EDA are three agencies active from the perspective of NIS, law enforcement and defence respectively. These agencies have Management Boards where the Member States are represented, and offer platforms for coordination at EU level.

Coordination and collaboration will be encouraged among ENISA, Europol/EC3 and EDA in a number of areas where they are jointly involved,

notably in terms of trends analysis, risk assessment, training and sharing of best practices. They should collaborate while preserving their specificities. These agencies together with CERT-EU, the Commission and the Member States should support the development of a trusted community of technical and policy experts in this field.

Informal channels for coordination and collaboration will be complemented by more structural links. EU military staff and the EDA cyber defence project team can be used as the vector for coordination in defence. The Programme Board of Europol/EC3 will bring together among others the EUROJUST, CEPOL, the Member States³¹, ENISA and the Commission, and offer the chance to share their distinct know-how and to make sure EC3's actions are carried out in partnership, recognising the added expertise and respecting the mandates of all stakeholders. The new mandate of ENISA should make it possible to increase its links with Europol and to reinforce links with industry stakeholders. Most importantly, the Commission's legislative proposal on NIS) would establish a cooperation framework via a network of national NIS competent authorities and address information sharing between NIS and law enforcement authorities.

3. International level

The Commission and the High Representative ensure, together with the Member States, coordinated international action in the field of cybersecurity. In so doing, the Commission and the High Representative will uphold EU core values and promote a peaceful, open and transparent use of cyber technologies. The Commission, the High Representative and the Member States engage in policy dialogue with international partners and

with international organisations such as Council of Europe, OECD, OSCE, NATO and UN.

Major cyber incidents or attacks are likely to have an impact on EU governments, business and individuals. As a result of this strategy, and in particular the proposed directive on NIS, the prevention, detection and response to cyber incidents should improve and Member States and the Commission should keep each other more closely informed about major cyber incidents or attacks. However, the response mechanisms will differ depending on the nature, magnitude and cross-border implications of the incident.

If the incident has a serious impact on the business continuity, the NIS directive proposes that national or Union NIS cooperation plans be triggered, depending on the cross-border nature of the incident. The network of NIS competent authorities would be used in that context to share information and support. This would enable preservation and/or restoration of affected networks and services.

If the incident seems to relate to a crime, Europol/EC3 should be informed so that they—together with the law enforcement authorities from the affected countries—can launch an investigation, preserve the evidence, identify the perpetrators and ultimately make sure they are prosecuted.

If the incident seems to relate to cyber espionage or a state-sponsored attack, or has national security implications, national security and defence authorities will alert their relevant counterparts, so that they know they are under attack and can defend themselves. Early warning mechanisms will then be activated and, if required, so will crisis management or other procedures. A particularly serious cyber incident or attack could constitute

sufficient ground for a Member State to invoke the EU Solidarity Clause (Art. 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union). If the incident seems having compromised personal data, the national Data Protection Authorities or the national regulatory authority pursuant to Directive 2002/58/EC should be involved.

Finally, the handling of cyber incidents and attacks will benefit from contact networks and support from international partners. This may include technical mitigation, criminal investigation, or activation of crisis management response mechanisms.

Conclusion

This proposed cybersecurity strategy of the European Union, put forward by the Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, outlines the EU's vision and the actions required, based on strongly protecting and promoting citizens' rights, to make the EU's online environment the safest in the world.

ФОРМЫ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ИЗЪЯТИЯ ИНОСТРАННОЙ СОБСТВЕННОСТИ

АНДРЕЙ ДАНЕЛЬЯН*

***Аннотация.** Международной практике известны различные формы принудительного изъятия иностранной собственности: «национализация», «экспроприация», «реквизиция», «конфискация» и др. При отсутствии четкого и ясного определения правового содержания данных понятия их объединяет одно юридическое содержание: лицо, осуществляющее инвестиционную деятельность в условиях чужого государства, не добровольно, а вынужденно лишается своих капиталов и дивидендов. В последние десятилетия наблюдается тенденция роста косвенных форм национализации или экспроприации, которые означают скрытое, постепенное вторжение в право собственности, что уменьшает ценность инвестиции.*

***Ключевые слова:** национализация, экспроприация, косвенная национализация, государственный суверенитет, компенсация, политические риски.*

FORMS OF FORCED REMOVAL OF FOREIGN OWNERSHIP

DANELYAN ANDREI*

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

Abstract. *International practice there are various forms of force dremoval of foreign ownership, “nationalization”, “expropriation”, “requisition”, “confiscation” and others. In the absence of a clear and explicit definition of the legal content: the person performing investment activities in conditions of a foreign state, not willingly, but were forced to forfeit their capital and dividends. In recent decades, there is a tendency of growth of indirect forms of nationalization or expropriation, which means hidden, gradual invasion of the right to property, which reduces the value of the investment.*

Keywords: *nationalization, expropriation, nationalization in direct, state sovereignty, compensation, political risks.*

Проблемы национализации и других аналогичных принудительных форм изъятия иностранной собственности и иностранных инвестиций, никогда не теряли своей актуальности и остаются актуальными как в России, так и во многих других странах. И особо добавлю, что в будущем в условиях глобальных, региональных, национальных экономических катаклизмов возможное применение национализации, экспроприации, конфискации, реквизиции и других известных, а то еще неизвестных, форм лишения прав на собственность не то что не исключаются, а, наоборот, усиливается. Такова логика взаимоотношений государства и бизнеса.

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

Практически ровно пятьдесят лет назад вышла в свет книга Г. Е. Вилкова «Национализация и международное право». Все эти десятилетия эта концептуальная для своего времени монография остается единственным русскоязычным исследованием такого рода в данной научно-практической сфере. В своей книге Г. Е. Вилков дал определение национализации в общем смысле, назвав ее как переход частной собственности в государственную. Объектом национализации может быть частная собственность собственных и иностранных граждан, а также лиц без гражданства. Современная (на начала шестидесятых годов прошлого века — А.Д.) доктрина международного права считает, как писал Г. Е. Вилков, что национализация, экспроприация и другие подобные им меры изъятия иностранной собственности не являются нарушением международного права¹.

Но за последние полвека многое изменилось в теории и практики международного права относительно национализации и других форм принудительного изъятия иностранной собственности.

Международно-правовая наука не стояла на месте, в том числе и в исследуемой области. Изучение эволюции международного инвестиционного права показывает, что особенностью последних десятилетий является то, что более активно применяются не прямые, а косвенные, так называемые ползучие формы принудительного изъятия иностранной собственности.

Сегодня при массивном допуске крупного иностранного капитала в Россию и другие страны СНГ во весь рост встает вопрос о публичных интересах и обеспечении приоритета общества и

¹ Г.Е. Вилков. Национализация и международное право. М.,1962. С.45-47.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

государства в целом, его безопасности и стабильности, как тогда же в шестидесятые годы XX в. Но в отличие от тех времен проблема обостряется еще и тем, что в результате глубоко эшелонированной политики западных компаний по слиянию и поглощению ведущих национальных предприятий происходит не только потеря целых отраслей, но и утрата всего технологического потенциала и даже национального суверенитета.²

Темпы привлечения иностранных инвестиций в Россию и другие страны СНГ приводят к увеличению количества международных инвестиционных споров, связанных в том числе с принудительным изъятием иностранных инвестиций. Это тогда, когда иностранным инвесторам в соответствии с национальными законодательствами и заключенными международными инвестиционными договорами созданы более выгодные положение в наступивших и возможных спорах с обязательным привлечением международно-арбитражного механизма. Что вполне чревато для национальных интересов России и других стран Содружества.

Национализация часто связана политическими рисками в странах с неустойчивой политической и экономической системами каковыми, в принципе, являются, в той или иной степени, все страны СНГ. Риск всегда присутствует в иностранной инвестиционной деятельности, является ее характеристикой. Самая важная категория рисков, которые

² Вознесенская Н.Н. Процесс глобализации экономики и иностранные инвестиции (правовые аспекты) // Государство и право. 2006. №5. С.67; Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: вчера, сегодня, завтра // Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Галенской Л.Н. СПб. 2008

непосредственным образом связаны с национализацией инвестиций — это некоммерческие (политические) риски³.

В энциклопедическом понимании национализация (англ. *nationalization*, франц. *nationalization*, нем. *nationalisierung*) означает переход частной собственности в собственность государства, народа, нации, т.е. превращение частного имущества в национальное достояние). В толковом словаре русского языка С.И. Ожегова под национализацией понимается принудительное отчуждение, изъятие собственности⁴. В самом общем виде под национализацией понимается изъятие имущества, находящегося в частной собственности, и передача в собственность государства⁵.

Первыми широко известными случаями национализации в современном ее понимании являются акты национализации, осуществленные во Франции во время Великой французской буржуазной революции в конце XVIII века, а затем в Германии в 1872 г. Но они не идут ни в какое сравнение с тем, что произошло в следующем веке. Именно век XX стал самым насыщенным относительно национализации столетием, который вошел в историю цивилизации глобальными, невиданными до сих пор, революционными событиями во всём мире, сопровождающимися актами массовой национализации в России, Восточной Европе, Азии и Африке, а также в Латинской Америке.

³ Фархутдинов И.З. Принудительные формы изъятия иностранных инвестиций: теория и практика// Вестник Федерального бюджетного учреждения «Государственная регистрационная палата при Министерстве юстиции Российской Федерации». 2012. №3.С.23.

⁴ Ожегов, С. И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова. — М.: АЗЪ, 1994. — С. 896.

⁵ Вилков Г.Е. Указ. соч. С.45-47.

Развивающиеся государства под видом экономических реформ в середине прошлого века проводили очевидную конфискацию имущества иностранного инвестора или ее действия были направлены на лишение прав собственности без соответствующей компенсации. Но большинство государств, признавая право государства на национализацию, предпринимают меры к защите интересов собственников при ее осуществлении. Такими мерами могут быть, например, требование о предоставлении быстрой адекватной компенсации за национализированное имущество иностранцев, отказ в признании за государствами права на национализированное имущество, находящееся за границей, и др.⁶

В мировой практике встречаются различные формы национализации. Полная или сплошная национализация крупной и средней частной собственности, в том числе, принадлежавшей иностранному капиталу была проведена Советской Россией в 1918 году. Такого рода государственные мероприятия по принудительному изъятию крупной и средней промышленности сопровождали так называемые народно-демократические революции в странах Восточной Европы после завершения Второй мировой войны.

Выборочные акты национализации отраслей экономики или отдельных крупных объектов были проведены в Мексике в 1938г. (нефтяная промышленность), в Египте в 1956 г. (Суэцкий канал), во Франции в 1982 г. (банковская система). В Англии после Второй

⁶ См.: под ред.: Г.Е. Вилков. Национализация и международное право. — М., 1962; М.М. Богуславский. Международное частное право. — М., 1982.

мировой войны были национализированы угольная, сталелитейная и другие отрасли.

Именно Советская Россия была первым государством, которое, как пишет Дж. Уайт, не только ввело в обиход совершенно незнакомое в то время слово «национализация», но и на практике показало всему миру, что это значит. Большевистский декрет 1918 г. национализировал все более или менее крупные предприятия в стране, в том числе принадлежавшие иностранному капиталу⁷. Впоследствии в ходе новой экономической политики зарубежные инвесторы, ведущие широкую инвестиционную деятельность в нашей стране на основе концессионных соглашений, еще раз потерпели фиаско.

Причем в 30-40-е годы XX в. известные международные арбитражные суды вынесли достаточное количество решений о необходимости выплаты компенсации западным концессионерам в 20-е годы во времена НЭП, но СССР недвусмысленно отказался их исполнять. Интересно, что многие из западных фирм, которые сейчас выступают в качестве инвесторов на территории России, в свое время уже лишились своих капиталов, что, кстати, лишний раз доказывает актуальность данного вопроса.⁸

Понятие «национализация» приобрело в России устойчивое значение, начиная с 1917, но сам термин как юридическая категория не использовался ни в Основах гражданского законодательства (1961 и 1991 гг.), ни в Гражданском кодексе (ГК) 1964 г. и закрепился в гражданском праве только с начала 1990-х гг. Ст. 235 действующего

⁷ White G. Nationalization of Foreign Property L., 1961.P. 3.

⁸ Фархутдинов И.З., Трапезников Е.А. Инвестиционное право. М., Волтерс Клувер.2006. С.19-23. Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Гражданского кодекса Российской Федерации определяет национализацию как «обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц», и устанавливает необходимость возмещения стоимости этого имущества и других убытков согласно ст. 306 кодекса.

Национализация с точки зрения российского права — это государственно-властный акт, направленный на принудительное прекращение права частной собственности на определенные имущественные комплексы и (или) права частного участия в долях и капиталах организации и возникновении права собственности на это имущество (право участия в долях и капиталах) у государства, как правило, в экстремальных условиях (революции, войны, кризис и т.д.).

В теории и практике международного права вплоть до последней четверти прошлого века право государств на национализацию (экспроприацию) собственности иностранных юридических и физических лиц было одним из наиболее дискуссионных вопросов. Обусловлено это тем, что прекращение инвестиционной деятельности в результате принудительного изъятия капиталовложений принимающим государством представляет наибольшую угрозу для иностранного инвестора. В настоящее время право государства на национализацию (экспроприацию) начали признавать повсеместно. Это результат многолетнего развития международного инвестиционного права.⁹

⁹ См. подробно: Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс. М., Проспект. 2013.

Следует отметить, что еще в середине XX века международное право признавало, что национализация относится к внутренней компетенции государства, международный орган не может обсуждать меры по национализации иностранных инвестиций. В 1951 г. это положение нашло подтверждение в решении Международного суда ООН, который признал себя некомпетентным рассматривать жалобу правительства Великобритании в связи с национализацией Ираном Англо-Иранской нефтяной компанией. Но в связи с этим, на наш взгляд, трудно согласиться с точкой зрения, что международное право не регулирует и не может регулировать отношения собственности, возникающие между государством и частными физическими лицами¹⁰.

Для правовой характеристики принудительных мер изъятия иностранной собственности отсутствует единая общепринятая терминология в сфере международного права, что требует внести ясность в понятийный аппарат. Чтобы избежать двусмысленной трактовки понятий «национализация», «экспроприация», «реквизиция», «конфискация», необходимо четко и ясно определить правовое содержание данных определений. Дело в том, что юридическая природа данных понятий различна, поскольку речь идет о неодинаковых формах и способах ограничения и аннулирования права собственности. Но все эти понятия объединяет одно юридическое содержание: лицо, осуществляющее инвестиционную деятельность в условиях чужого государства, не добровольно, а вынужденно лишается своих капиталов и дивидендов. Как уже отмечалось выше, в последние десятилетия более активно применяются не прямые, а косвенные, так называемые

¹⁰ Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1998. С. 169.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

ползучие формы принудительного изъятия иностранной собственности. Тем не менее, национализация, как прямая форма изъятия иностранной собственности, не теряет своего научно-практического значения. Более того не исключено, что ее значение по мере развития международных инвестиционных отношений может возрастать.

Мнения юристов-международников по проблемам принудительного изъятия иностранной собственности сильно различаются. В частности, Р. Огуст различает национализацию и экспроприацию по критерию наличия или отсутствия компенсации. При уплате компенсации речь идёт о национализации, — утверждает ученый, а при её отсутствии — об экспроприации¹¹. Экспроприация в той или иной форме признается и осуществляется, по мнению С. Фридмана, всеми государствами как в отношении собственности своих граждан, так и в отношении собственности иностранцев, находящейся на их территории.¹²

Сеульская конвенция 1985 г. определяет экспроприацию как «любое законодательное действие или административное действие или бездействие, исходящее от принимающего правительства, в результате которого владелец гарантии лишается права собственности над своим капиталовложением, контроля над ним или существенного дохода от такого капиталовложения, за исключением общеприменимых мер недискриминационного характера, обычно принимаемых

¹¹ August R. International Business Law: Text, Cases, and Readings /R. August.-Upper Saddle River,2004. — P.263.

¹² Friedman S. Expropriation in International Law. 1953. P. 151.

представительствами, с целью регулирования экономической деятельности на своей территории».¹³

Европейский Суд по правам человека полагает¹⁴, что действие государства следует признавать экспроприацией, когда инвестор определённо и полностью лишается своего права собственности на имущество. Если он не был лишён прав, но их содержание было существенно умалено, и подобная ситуация не является необратимой, то подобное нарушение не является нарушением статьи 1 Протокола 1 от 20 марта 1952 г. к Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹⁵. К подобному выводу пришёл и арбитраж МЦУИС в деле *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (Case No. ARB/94/2)¹⁶.

Д. Карро и П. Жюйар уверены в том, что экспроприация является результатом административной меры, национализация вытекает из законодательного акта, а конфискация представляет собой меру ответственности (санкцию). Экспроприация проводится, продолжают они, под контролем судебных органов, в то время как национализация часто оказывается вне всякого контроля. Несовпадение этих процедур отражает экономическую и правовую реальность. Экспроприация направлена на собственность отдельных лиц; национализация — на совокупную собственность, которая необязательно индивидуализирована. Первая нацелена на удовлетворение общественно полезной потребности, имеющей местное значение;

¹³ См.: Сеульская конвенция 1985 г. Ст. 11 (ii).

¹⁴ *Handyside v. United Kingdom* // European Court of Human Rights Reports of Judgments and Decisions. — 1976. — Vol. 24. — P. 29; *Poiss v. Austria* // European Court of Human Rights Reports of Judgments and Decisions. — 1987. — Vol. 117. — P. 108; *Matos e Silva, Lda v. Portugal* // European Court of Human Rights Reports of Judgments and Decisions. — 1996. — Vol. 24. — P. 600, 601.

¹⁵ СЗРФ. — 2001. — № 2. — Ст. 163.

¹⁶ *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*. — 1999. — Vol. 14, N 1. — P. 197-249.

национализация — на удовлетворение общественно полезной потребности общенационального значения. Эти различия имеют значение в гражданско-правовой сфере, они не возникают в других сферах, в которых есть экспроприация, но нет национализации. Понятие национализации здесь является составной частью понятия экспроприации, — считают французские специалисты.¹⁷

«В прежних работах по международному праву единому акту изъятия частной собственности придавалось политическое значение, и применяемый для описания этого процесса термин «экспроприация», таким образом, подчеркивал его конфискационную и противоправную природу, — пишет М. Сорнараджа. Но с принятием того, что для совершения таких актов изъятия существовали экономические мотивы, и признания этих актов законными термин «экспроприация» был заменен на термин «национализация».¹⁸

Дефиниции «экспроприация» и «национализация» часто используются как отличные друг от друга термины, однако понятие «национализация» является частью более широкого понятия «экспроприация», — считает Д. Харрис.¹⁹

Другие ученые к «национализации» и «экспроприации» относятся как к взаимозаменяемым понятиям, хотя, при этом обращают отдельное внимание на то, что государства употребляют то или иное понятие в зависимости от их отношения к собственности иностранцев, подлежащей принудительному изъятию.²⁰

¹⁷ Карро Д. Международное экономическое право. — С. 432.

¹⁸ Sornarajah M. Op. cit. P. 171.

¹⁹ Harris D.J. Cases and Materials on International Law. London, 1998, p. 549.

²⁰ Martin Dixon, Robert Mc Corquodale. Cases and Materials on International Law. Third edition. London, 1991. P. 467.

По мнению М. М. Богуславского: «Национализацию как общую меру государства по осуществлению социально-экономических изменений следует отличать от экспроприации как меры по изъятию отдельных объектов в собственность государства...»²¹.

В ряде двусторонних соглашений наряду с термином «национализация» и «экспроприация» используется и слово «реквизиция», которому придается сходное значение.

По-нашему мнению, экспроприация и национализация — это схожие формы восстановления государственной собственности.

Между тем, делаются попытки провести различие между экспроприацией и национализацией. В оценке риска национализации выделяют одну тонкость: в любой стране власти никогда не обозначают возможности национализации или экспроприации. Как следствие, ни в одном документе юридически точно не определяется, чем национализация отличается от конфискации.

Кстати, Договор к Энергетической Хартии (ДЭХ) в пункте 1 статьи 13 определяет понятие «экспроприация» как включающее национализацию.

Между прочим, в западной специальной научной литературе преобладает мнение о том, что все виды принудительного изъятия собственности, влекущего прекращение права собственности частных лиц следует определять одним общим термином — экспроприацией.

Смешение понятий экспроприации, национализации, муниципализации, огосударствления, социализации и пр. имеет двойную природу для внутреннего права России. С одной стороны, это

²¹ Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. М., Бек. 1996. С. 179. Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

вызвано путаницей понятий, до сих пор существующих в мировой доктрине и практике. С другой стороны, данное смешение вызвано историческими причинами, а именно, способом проведения национализации на территории России²².

Согласно международно-правовой доктрине и международной договорной практике принудительное изъятие иностранной собственности требует соблюдения ряда принципиальных условий²³: 1) в публичных целях; 2) на недискриминационной основе; 3) с выплатой компенсации; 4) в соответствии с установленным национальным законодательством порядке.

Резолюция 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи ООН от 14 декабря 1962 г. «Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами» указывает на существование принципа соответствующей компенсации за национализированную собственность. В пункте 4 устанавливает, что «национализация, экспроприация или реквизиция должны основываться на соображениях или мотивах общественной пользы, безопасности или национальных интересов, которые признаются более важными, чем чисто личные или частные интересы как граждан, так и иностранцев. В этих случаях уплачивается соответствующая компенсация согласно правилам, действующим в государстве, которое принимает эти меры в осуществление своего суверенитета, и в соответствии с международным правом...».

²² Щербина М.В. Международно-правовые вопросы национализации и защиты частной собственности / Дис... канд. юрид. наук: 12.00.10 — М.: РГБ, 2002. С.72.

²³ См., например: International Investment Agreements: Key Issues / U.N. Conference on Trade and Development. — N.Y.; Geneva, 2004. — Vol. 1. — P. 235; Takings of Property / UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. — N.Y.; Geneva, 2000. — P. 12, 13; Sornarajah, M. The International Law of Foreign Investments. Cambridge. 2012 — P. 277, 315.

Что касается арбитража, то Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), действующей в соответствии с Вашингтонской конвенции 1965 г. «Об урегулировании инвестиционных споров между государством и юридическими и физическими лицами других государств» в решении по делу *Companiadel Desarrollode Santa Elena, S.A.* против Республики Коста-Рика констатировал, что согласно международному праву принимающее государство вправе экспроприировать иностранную собственность в пределах своей территории в общественных целях и при условии выплаты быстрой, адекватной и эффективной компенсации.²⁴

Итак, институт национализации уже утвердился в современном международном праве, как общепризнанный принцип и как часть принципа суверенитета, который признают все государства. Но вот по поводу принципа компенсации имеются разногласия.

Вопрос о компенсации при осуществлении национализации и других форм изъятия иностранной собственности продолжает оставаться острым и неопределенным в современном международном праве.

В доктрине международного права по вопросу о компенсации за национализированное имущество иностранцев существуют два основных противоположных подхода. Представители первого подхода полагают, что в международном праве отсутствуют какие-либо нормы или принципы, обязывающие национализирующее государство предоставлять иностранным гражданам компенсацию в случае национализации их имущества. Национализирующее государство

²⁴ ICSID Case № ARB/96/1 // URL : http://www.worldbank.org/icsid/cases/santalena_award.pdf
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

ничем не обязано им, кроме тех обязательств, которые вытекают из самого акта о национализации. Представители второго подхода исходят из необходимости выплаты быстрой и адекватной компенсации за национализируемое имущество в соответствии с формулой Халла.

На основе формулы Халла международно-правовой доктриной был разработан стандарт о «достаточной, действенной и незамедлительной компенсации» за национализированное имущество. Предыстория этой господствующей на Западе доктрины такова. В 1938 году возник спор между США и Мексикой по поводу национализации нефтяных месторождений, находившихся в собственности иностранных, в том числе американских компаний. Госсекретарь Халл потребовал, чтобы Мексика незамедлительно заплатила инвесторам США за их экспроприированные нефтяные концессии, он просто применил правила, которые правительства США и западноевропейских государств использовали в отношениях между собой не один десяток лет.

Впоследствии международные суды также применяли эти нормативы к делам между государствами Европы и Северной Америки, за небольшими исключениями, а также в ходе прекращения нефтяных концессий на Ближнем и Среднем Востоке.

Государства — импортеры капитала в Азии, Африке и Латинской Америке долгое время не воспринимали этот стандарт. Они выступают за то, что вопросы права собственности, прежде всего, являются прерогативой национального законодательства, которое может допускать изъятие собственности иностранных инвесторов, например, по цене ниже рыночной. Этот аргумент использовался в продолжающихся спорах вокруг иностранных инвестиций в Латинской

Америке, массовых национализаций в освободившихся от колониального режима странах Азии и Африки.

В свое время вплоть до 70-х годов прошлого века формула К. Халла получила довольно широкое распространение. На этом основании ряд учёных полагают, что правило о выплате быстрой, адекватной и эффективной компенсации при экспроприации представляет собой обычную норму международного права. На наш взгляд, такой вывод является преждевременным и не подтверждается некоторыми обстоятельствами. Особенно следует отметить, международная арбитражная практика уже конкретно начала отходить от незыблемости этого западного стандарта.

Некоторые ученые, например, М. Дольцер, ссылаются на большинство голосов, поданных за Новый международный экономический порядок (НМЭП) в Генеральной Ассамблее ООН, как на свидетельство того, что международное право не требует полной компенсации и что, это лишний раз говорит об отсутствии достаточной поддержки формулы Халла для признания ее нормой международного обычного права. Однако решения международных политических организаций, особенно принимаемые большинством, представляющим одну группу экономических интересов, не могут создавать новую международную норму или изменять уже сформулированную в теории и практике международного права. И поскольку государства это понимают, они поддаются соблазну занимать на политических форумах якобы правовую позицию, которая, как им известно, не имеет никаких политических последствий. Поэтому большинство международных арбитражных судов, рассматривавших данную проблему, отвергают

резолюции по НМЭП в качестве надежного источника международного обычного права.

В новом издании справочника Оппенгейма указывается также, что формула Халла, как предусматривающая абсолютный стандарт, утратила свое первоначальное значение и изменилась под влиянием острых дискуссий вокруг этой доктрины: «Возникает вопрос, представляют ли эти элементы отдельную и необходимую часть стандарта компенсации, требуемого международным правом, или они всего лишь соображения, которые необходимо учитывать (возможно, наряду с другими) в оценке того, отвечает ли компенсация некоторому гораздо более широкому стандарту, предусматриваемому, например, что компенсация должна быть «справедливой», «равной» или «надлежащей».

К противникам отнесения формулы Халла к обычным нормам международного права можно отнести многих учёных (*R. Dolzer, I. Foighel, O. Schachter* и др.)²⁵.

В принятых в последнее время арбитражных решениях принцип незамедлительной, достаточной и действительной компенсации не получил поддержки. Три арбитражных рассмотрения по вопросу ливийской нефти не внесли ничего сколько-нибудь существенного в этот спор. В спорах по «Тексако» и «Бритиш Петролеум» была сделана ссылка на возможность полной компенсации, однако перед этим сформулирован вывод о незаконности национализации. В деле «Бритиш Петролеум» судья Ларерген заявил, что полная компенсация не является

нормативом, применимым к законным национализациям. В деле о компании «Лиалко» арбитр утверждал, что стандарт Халла заменен стандартом «удобной и достаточной компенсации». В арбитражном деле «Аминойл», где рассматривалась деятельность, связанная с сектором энергетики, поддержан такой стандарт компенсации, который составляет сумму, меньшую, чем полная компенсация.

Отдельно остановимся на одном из арбитражных решений по претензии «Эбрахаими», поддержавшем стандарт надлежащей компенсации. Председателем Трибунала был профессор Аранхио-Руис. Трибунал отмечал, что «хотя международное право несомненно закрепляет обязательство предоставлять компенсацию за изъятую собственность, теория и практика международного права не подтверждают вывод о том, что норматив о незамедлительной, достаточной и действительной компенсации является отражением стандарта международного права». Далее в своем постановлении Трибунал в качестве отправной позиции при определении стоимости компенсации рассматривал полную компенсацию. Трибунал отметил: «С учетом мнений теоретиков права, арбитражной практики и прецедентов принятых трибуналами решений трибунал считает, что после надлежащей оценки полной стоимости собственности назначаемая сумма компенсации должна представлять собой надлежащее отражение соответствующих фактов и обстоятельств в каждом конкретном случае»²⁶.

²⁵См.: Dolzer, R. Op. cit. — P. 561, 565; Foighel, I. Nationalization: A Study in the Protection of Alien Property in International Law / I. Foighel. — L., 1957. — P. 115-126; Schachter O. Compensation for Expropriation / O. Schachter // American Journal of International Law. — 1984. — Vol. 78. — P. 121-130.

²⁶ Нортон М. Патрик. Назад в будущее: экспроприация и Договор к Энергетической Хартии // Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада. М., 2002 С. 334.

В итоге при расчете компенсации по делу «Эбрахаими» Трибунал вычел из причитающейся суммы компенсации «негативный «гуд-вилл», с тем чтобы «принять во внимание конкретные обстоятельства каждого дела». Это решение еще более запутывает данную международно-правовую норму, так как полная и безусловная компенсация Трибуналом рассматривается как отправная точка для изучения вопроса о компенсации, которую следует выплатить. Затем сумма компенсации сокращается в свете конкретных обстоятельств, связанных с национализированными иностранными инвестициями.

Отметим, что определение справедливой компенсации в каждом конкретном случае должно определяться с учетом всех обстоятельств. Представляется, что правило определения справедливой компенсации не говорит о том, что во всех случаях компенсация должна быть выплачена. Если при оценке иностранной собственности, в том числе размера инвестиций, будет доказано, что размер полученной не реинвестированной прибыли превышает все затраты (то есть, инвестиции носили эксплуатационный характер), а также данные инвестиции причинили ущерб национализировавшему государству, то компенсация может справедливо не выплачиваться, поскольку сумма возмещения может быть зачтена в покрытие убытков национализировавшего государства.

В разделе 4 Руководства Всемирного банка по режиму для прямых иностранных инвестиций 1992 г. раскрывается содержание компенсации за национализированное (экспроприированное) имущество. Так, компенсация является:

1) адекватной, если она основана на справедливой рыночной стоимости актива на дату, предшествующую принятию решения об экспроприации (или накануне, когда подобное решение стало известно общественности);

2) эффективной, если она выплачивается в валюте инвестирования (если валюта является конвертируемой), или в другой валюте, указанной как свободно конвертируемой МВФ, или в другой валюте с согласия инвестора;

3) быстрой, если она выплачивается без задержки. В исключительных случаях, когда государство испытывает сложности финансового характера, оно может выплатить компенсацию в рассрочку в течение короткого периода времени, который не должен превышать пять лет с момента экспроприации, с условием уплаты процентов.

В этих случаях в Руководство Всемирного банка по режиму для прямых иностранных инвестиций 1992 г. предусматривается методика определения размера компенсации. Если не было достигнуто между иностранным инвестором и государством соглашения о стоимости национализируемого актива, то она должна соответствовать сумме, которую заинтересованный покупатель готов был бы заплатить продавцу, учитывая характер инвестиций и обстоятельства, которые могут появиться в будущем.

Международные двусторонние договоры о поощрении и защите иностранных инвестиций являются центральными элементами

правового регулирования частноправовых и публично-правовых отношений в рассматриваемой сфере²⁷.

В международных договорах государства обязуются не национализировать, не реквизируют иностранную собственность в обычных ситуациях. В исключительных случаях государство вправе в принудительном порядке, закрепленном в законодательстве, изымать иностранные инвестиции при условии выплаты быстрой, адекватной и эффективной компенсации. Международные соглашения предусматривают право инвестора обратиться в суд или другой независимый орган для проверки стоимости экспроприированного имущества.

Остановимся отдельно на косвенных формах национализации или экспроприации (особенно «ползучей» экспроприация, при которой инвестора лишают его имущества с помощью серии враждебных действий), которые в последние десятилетия среди форм изъятия собственности иностранных инвесторов представляют наибольшую опасность.

«Ползучая экспроприация», на наш взгляд, означает скрытое, постепенное вторжение в право собственности, что уменьшает ценность инвестиции. При таких случаях правовой титул на собственность формально сохраняется у инвестора, но права на самостоятельное использование собственности ограничиваются в результате государственного вмешательства.

²⁷ Хаусманн Райнер. Инвестиционные договоры с иностранными инвесторами // Правовые аспекты инвестиционных договоров. М., Норма. 2012. С.23-24.

Современное международным право такого рода действия государства не запрещается, если оно опять же проводится страной-реципиентом в общественных (публичных) целях, в установленном законом порядке, недискриминационным образом и с предоставлением компенсации. При этом необходимо выяснить критерии, позволяющие определить неправомерное изъятие собственности: степень вмешательства в право собственности; характер правоприменительных мер, то есть цель и обстоятельства правительственной меры; неудовлетворение разумных ожиданий иностранного инвестора и т.д. Кстати, в последние годы в международном инвестиционном арбитраже особое значение имеют так называемые меры разумного государственного вмешательства в иностранный инвестиционный проект.

Из международной арбитражной практики известны дела, в которых согласно решению арбитражного суда меры государственного регулирования попадают в категорию косвенной экспроприации.

По этому вопросу, Дольцер отмечает, что, «ползучая экспроприация» предполагает наличие намеренной стратегии со стороны государства, которая может вызывать негативную моральную оценку.²⁸

Двусторонние инвестиционные соглашения содержат краткие и общие положения о косвенной экспроприации, которые фокусируются на результате государственных мер и не затрагивают вопросы различия между мерами регулирования, за которые полагается, и мерами, за

²⁸ Dolzer. Indirect Expropriation of Alien Property, 1CSID Review, Foreign Investment Law Journal, 1986, pp. 41-59 at 44.

которые не полагается компенсация. Например, соглашения, заключенные Францией, содержат ссылку на «меры по экспроприации или национализации или любые другие меры, результатом которых было бы прямое или не прямое лишение собственности». Соглашения Великобритании предусматривают, что экспроприация также включает в себя меры, «которые имеют результат, эквивалентный национализации или экспроприации». Другие соглашения, как некоторые из тех, которые заключила Швеция, также содержат формулировку «какие-либо прямые или не прямые меры» или «любые другие меры, имеющие такую же природу или такой же результат в отношении иностранных инвестиций». Бывшее модельное двустороннее инвестиционное соглашение США упоминает, «меры, соответствующие экспроприации или национализации». Несколько соглашений США содержат более конкретные положения: «любые другие меры или серии мер, прямые или не прямые, соответствующие экспроприации (включая налогообложение, обязательную продажу всех или части инвестиций или уменьшение объема прав или лишение права управления ими, контроль экономической стоимости...».

На положения международных договоров опирается международная судебная практика. Так, в деле *Литгоу против Соединённого Королевства (Lithgow Case)*²⁹ Европейский Суд по правам человека подчеркнул, что национализация собственности без разумного возмещения будет при нормальном положении вещей представлять собой несоразмерное вмешательство, которое не может рассматриваться как соответствующее статье 1 Протокола 1 от 20 марта

1952 г. к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, согласно которой каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишён своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права.

Сегодня очень важное значение среди косвенных норм изъятия иностранных инвестиций имеет гарантия перевода за границу платежей, полученных иностранным инвестором³⁰ в ходе осуществления инвестиционной деятельности на территории другого государства свободное осуществление репатриации дохода и капитала, обеспечение иностранных обязательств в иной валюте и приобретение сырья и запасных частей за рубежом считается принципиально важным для иностранного инвестора. Поэтому государства-экспортеры капитала традиционно выступают за неограниченную свободу инвесторов осуществлять денежные операции, которые в совокупности именуется «переговорами». Они стремятся получить широкие, неограниченные гарантии в отношении денежных переговоров.

Диаметрально противоположное отношение к этой проблеме наблюдается в большинстве развивающихся стран. Хронические трудности, связанные с платежными балансами в этих государствах, и их потребность в сохранении иностранной валюты для оплаты жизненно важных импортных товаров и услуг существенным образом сокращают их способность и готовность предоставлять иностранным

²⁹ [Электронный ресурс]. — Режим доступа: Справочная правовая система «Гарант».

³⁰ Богуславский. Иностранные инвестиции: правовое регулирование, С.112.

инвесторам неограниченное право осуществлять денежные переводы. В силу этих факторов в большинстве развивающихся стран действуют законы, ограничивающие обмен валюты и переводы валюты за границу путем различных изъятий.

По мнению некоторых специалистов, эту гарантию переводов инвестиционных платежей вообще следует поставить, с практической точки зрения, на первое место в связи с косвенными формами изъятия иностранных инвестиций. Если исходить из того, что национализация представляет собой чрезвычайную ситуацию, гарантия переводов капитала и прибыли связана с повседневной инвестиционной деятельностью и составляет «сердцевину соглашения».³¹ Выделение условий международных двусторонних договоров о защите иностранных инвестиций, относительно перевода платежей иностранному инвестору, в отдельную группу, связано с тем, что в большинстве стран сохраняют свое действие различные валютные ограничения. Кроме того, по мнению специалистов в области регулирования иностранных инвестиций, сильные ограничения в переводе сумм, связанных с инвестициями, в иностранную валюту могут быть приравнены по своей эффективности к мерам по национализации и экспроприации инвестиций.

В последние годы наблюдается четкая тенденция роста инвестиционных споров в международных институциональных арбитражных судах и арбитражных судах *ad hoc*, в том числе по фактам экспроприации и другим формам принудительного изъятия

³¹ Семилютина Н.Г. Законодательство о валютном регулировании и валютном контроле// Право и экономика, 1995. № 17-18. С.63-64.

иностранных инвестиций. Указанные международно-правовые механизмы разрешения инвестиционных споров составляют международный инвестиционный арбитраж.

В любом современном инвестиционном контракте содержится оговорка о передаче споров, связанных с ним, на разрешение международного инвестиционного арбитража. При этом основная роль принадлежит специализированному арбитражу МЦУИС. Вашингтонская конвенция 1965г., на основании которой создан МЦУИС, ратифицирована более 140 странами.

В последние годы против развивающихся стран поданы около 30 международных арбитражных исков в институциональные центры и арбитражи *ad hoc*, и еще более десяти исков были поданы от иностранных инвесторов против государств с переходной экономикой.

Чаще всего ответчиками в международных арбитражных судах выступают страны Центральной и Латинской Америки. Но теперь, похоже, за ними следуют страны СНГ. В Международном центре по урегулированию инвестиционных споров³², в других институциональных арбитражных судах и судах *ad hoc* начали появляться дела об инвестиционных спорах, в которых ответчиками являются и государства-участники СНГ: Украина, Казахстан, Узбекистан; а также бывший член СНГ Грузия.

В заключение можно сделать ряд выводов, которые сводятся к следующему.

³² Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и юридическими, физическими лицами другого государств 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.

Институт национализации утвердился в современном международном праве, как общепризнанный принцип и как часть принципа суверенитета, который признают все государства. Однако по поводу принципа компенсации имеются разногласия. Вопрос о компенсации при осуществлении национализации продолжает оставаться острым и неопределенным в современном международном праве.

Для правовой характеристики принудительных мер изъятия иностранной собственности в международном праве отсутствует единая общепринятая терминология, в связи с чем необходимо внести ясность в понятийный аппарат и определить правовое содержание понятий «национализация», «экспроприация», «реквизиция», «конфискация».

Самая важная категория рисков, которые непосредственным образом связаны с инвестиционной деятельностью — это некоммерческие (политические) риски. Национализация часто связана политическими рисками в странах с неустойчивой политико-экономической системой.

В последние десятилетия среди форм изъятия собственности иностранных инвесторов наибольшую опасность представляют косвенные формы национализации или экспроприации, которые означают скрытое, постепенное вторжение в право собственности, что уменьшает ценность инвестиции.

Сегодня наблюдается тенденция роста инвестиционных споров в связи с принудительными формами изъятия иностранных инвестиций в международных институциональных арбитражных судах и

Данельян А.А. Формы принудительного изъятия иностранной собственности
арбитражных судах *ad hoc*, ответчиками в которых являются страны
Латинской Америки, а также государства-участники СНГ.

МИД Финляндии и его развитие в обеспечении участия Финляндии в европейской интеграции

Илья Жданов*

***Аннотация.** В статье рассмотрено реформирование Министерства иностранных дел Финляндии за последние, изменение его компетенции в области участия в делах Европейского союза. Более детально автором описывается новая структура министерства, департаменты и отделы, участвующие в делах ЕС.*

***Ключевые слова:** Правительство Финляндии, Министерство иностранных дел Финляндии, участие в делах Европейского союза.*

MINISTRY FOR FOREIGN AFFAIRS OF FINLAND AND ITS DEVELOPMENT IN ENSURING THE PARTICIPATION OF FINLAND IN THE EUROPEAN INTEGRATION

ILIA ZHDANOV*

Abstract. The paper considers the reform of the Ministry of Foreign Affairs of Finland in recent years, the change of its competence in the field of participation in the affairs of the European Union. The author describes in

* Жданов Илья Николаевич. Преподаватель кафедры международного и европейского права юридического факультета ВГУ. E-mail: mail@ijdanov.ru

* Lecturer of the VSU's International and European law chair. E-mail: mail@ijdanov.ru

detail the new structure of the Ministry, its departments and divisions involved in EU affairs.

Key words: The Government of Finland, Ministry for Foreign Affairs of Finland, participation in the affairs of the European Union.

Министерство иностранных дел Финляндии¹ является одним из ключевых акторов в решении вопросов ЕС и проведения политики государства в институты Европейского союза.

В 2012 г. в Финляндии произошло существенное реформирование правительственной системы координации и решения вопросов, связанных с ЕС, которое не могло не затронуть структуру и компетенцию МИД Финляндии в данном аспекте.

МИД Финляндии отвечает за подготовку и мониторинг вопросов, связанных с ЕС, в то время как Министр иностранных дел Финляндии обладает на сегодняшний день исключительной компетенцией в подготовке дел Финляндии, связанных с ЕС, в следующих областях:

- внешние связи в рамках общей внешней политики и политики безопасности ЕС, торговой политики и политики в области развития;
- общее развитие ЕС в сотрудничестве с Правительственным Департаментом по делам ЕС;
- европейское право и соглашения с третьими странами в рамках внешних отношений ЕС.

¹ Ministry for Foreign affairs of Finland // URL: <http://formin.finland.fi>
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Исторически, МИД Финляндии в первоначальный период членства Финляндии в ЕС (1995-2000 гг.) обладал наибольшим объемом компетенции по делам ЕС в структуре Правительства Финляндии, так как в его состав включался Секретариат по делам ЕС МИД Финляндии. Он был де-юре ответственен за координацию большинства вопросов, связанных с ЕС. Де-факто же эту роль постепенно стала выполнять Администрация Премьер-министра Финляндии, поскольку с течением времени вопросы ЕС начали все в большей и большей степени затрагивать национальную политику государства.

Далее, юридическая передача компетенции выглядела вполне логичной, и Секретариат по делам ЕС был перемещен из структуры Министерства иностранных дел в Администрацию Премьер-министра летом 2000 г. после небольшой задержки, предназначенной для исключения какого-либо вреда для председательства Финляндии в ЕС в 1999 г.

Как заметили в своей работе² Р. Лампинен, О. Рен, П. Уусикюла, причиной «трансфера полномочий» было недоверие в беспристрастности Министерства иностранных дел со стороны других министерств, и подобные институциональные споры только способствовали его развитию.

В первоначальный период членства Финляндии в ЕС в структуре МИД Финляндии можно было выделить отдельные структурные единицы — отделы, специализирующиеся на вопросах ЕС и их координации. В рамках Регионального отделения МИД существовало

² Lampinen, R. — Rehn, O. — Uusikylä, P. (1998), 'EU-asioiden valmistelu Suomessa', Eduskunnan
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Отделение по делам ЕС, вопросам координации и расширения, которое состояло из пяти отделов.

Более того, Отдел по связям с ЕС, находившийся в ведении Политического департамента МИД Финляндии, отвечал за вопросы общей внешней политики и политики безопасности, а глава этого отдела был членом Европейской корреспондентской группы. Отдел по праву ЕС находился в ведении Юридического департамента МИД и отвечал за судебно-правовые вопросы. В подобном ключе функционировали и Департамент по внешним экономическим связям и Департамент международного сотрудничества и развития, которые были компетентны в решении вопросов ЕС, входящих в круг их деятельности, на что более детально обратили внимание в своих научных исследованиях Т. Тииликайнен³, И. Расэнен⁴.

Начиная с 2008 г., организационная структура МИД Финляндии подверглась значительным изменениям. Согласно Пресс-релизу 299/2008 от 25 августа 2008 г., «с начала сентября 2008 г. количество отделов Министерства будет уменьшено с двенадцати до восьми, при том, что существующие отделы будут объединены... Целью реформы является интенсификация обработки основных функций Министерства.» Важность вопросов ЕС было особенно подчеркнута в

kanslian julkaisu 7/1998. (Helsinki: Oy Edita Ab).

³ Tiilikainen, T. (2002), 'Suomen ulkopolitiittinen ohjausjärjestelmä perustuslain mukaan. Arvio järjestelmän toimivuudesta.' in Perustuslakiuudistukseen liittyviä selvityksiä. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2002:2. (Helsinki: Edita Prima Oy).

⁴ Räsänen, I. (1998), 'Ulkoasianministeriö (UM)' in 'EU-asioiden valmistelu Suomessa'. Eduskunnan kanslian julkaisu 7/1998. (Helsinki: Oy Edita Ab); Räsänen, I. (1998), 'Sosiaali— ja terveysministeriö (STM)' in 'EU-asioiden valmistelu Suomessa'. Eduskunnan kanslian julkaisu 7/1998. (Helsinki: Oy Edita Ab).

Пресс-релизе: «Специальной целью представляется интенсификация в координации дел ЕС».

Так, в настоящее время организационная структура МИД Финляндии⁵, связанная с вопросами ЕС, несколько расширилась и специализировалась.

Анализируя последние ключевые новации в деятельности МИД Финляндии и его существующих на данный момент восьми отделов, следует заметить следующее.

Во-первых, наиболее важно отметить, что с 22 июня 2011 г. была введена должность Министра по делам ЕС и международной торговле Финляндии (Л. Тоивакка, с 24.06.2014 г. по наст. вр.). В его компетенцию входит решение всех вопросов по делам ЕС, вытекающих из деятельности Правительственного секретариата по делам ЕС, за исключением тех вопросов, которые находятся в компетенции Премьер-министра Финляндии (А. Стабб, с 24.06.2014 г. по наст. вр.).

Во-вторых, в настоящее время выделяется отдельный Департамент по делам Европы, в который входят Отдел по общим вопросам ЕС и координации⁶, а также Отдел по расширению ЕС и Восточным Балканам⁷, которые специализируются исключительно на вопросах ЕС.

В задачи Отдела по общим вопросам ЕС и координации входят:

⁵ Организационная структура МИД Финляндии (актуально на 1.08.2014 г.) // <http://formin.fi/public/default.aspx?nodeid=15130&contentlan=2&culture=en-US>

⁶ Unit for General EU Affairs and Coordination // <http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=16576&contentlan=2&culture=en-US>

⁷ Unit for EU Enlargement and Western Balkans // <http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=16577&contentlan=2&culture=en-US>

а) решение общих вопросов, связанных с ЕС, включая вопросы развития ЕС и институционные вопросы;

б) подготовительная работа для деятельности *Coreper II* и участие в подготовке вопросов для Совета иностранных дел Совета ЕС;

в) внутренняя координация горизонтальных вопросов ЕС в рамках МИД Финляндии, включая внешнее измерение энергетической политики ЕС и внешней политики ЕС.

Отдел по расширению ЕС и Восточным Балканам в части дел ЕС ответственен за обсуждение относительно расширения ЕС и связанных с ним вопросов.

В-третьих, в рамках Юридического департамента МИД были организованы Отдел по праву ЕС и Учредительным Договорам ЕС⁸, Отдел по судебным делам ЕС⁹.

Отдел по праву ЕС и Учредительным Договорам ЕС несет ответственность за: подготовку и имплементацию международных договоров, взаимосвязанных с ЕС; решение вопросов европейского права; предоставление консультаций и рекомендаций по законодательству ЕС и международным договорам; участие в правовом развитии институциональной структуры и законодательных процедур ЕС.

Отдел по судебным делам ЕС ответственен за: представление Правительства Финляндии в Суде ЕС; предоставление информации о

⁸ The Unit for EU and Treaty Law // <http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=16571&contentlan=2&culture=en-US>

⁹ Unit for EU litigation // <http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=15996&contentlan=2&culture=en-US>

судебных делах ЕС и процедурах разбирательства, затрагивающих Финляндию и пр.

В-четвертых, как и ранее, в Политический департамент МИД входит Отдел по общей внешней политике и политике безопасности ЕС¹⁰. Но на сегодняшний день перед ним стоят следующие новые задачи:

- координация и подготовка ОВПБ;
- задачи Европейского Корреспондента;
- надзор и развитие коммуникационной сети COREU;
- иные ведомственные функции.

В-пятых, важную миссию в делах ЕС выполняет Постоянное представительство Финляндии в Европейском союзе¹¹, находящееся в ведении МИД Финляндии. Оно находится в Брюсселе и выполняет ключевую роль в реализации финской политики в области ЕС, посредством участия в обсуждениях от имени Финляндии, проводимых в Совете ЕС. Штат Постоянного представительства состоит из около 100 гражданских служащих, представляющих каждое финское Министерство.

Оно возглавляется Постоянным представителем Финляндии в ЕС (П-С. Виеррос-Вилленёве в наст. вр.) и его Заместителем (М. Хууско-Лампонен), которые представляют Финляндию в Комитете постоянных представителей Совета ЕС (*Coreper*).

¹⁰ Unit for European Common Foreign and Security Policy // <http://formin.finland.fi/public/default.aspx?nodeid=15904&contentlan=2&culture=en-US>

¹¹ Постоянное представительство Финляндии в Европейском союзе // <http://www.finland.eu/Public/Default.aspx>

В структуре Постоянного представительства на сегодняшний день отдельно выделяются Представитель Финляндии в Комитете по политике и безопасности Совета ЕС (PSC)¹² и Европейском Военном комитете (EUMC)¹³.

¹² The Political and Security Committee (PSC) // http://eeas.europa.eu/csdp/structures-instruments-agencies/index_en.htm

¹³ European Union Military Committee (EUMC) // http://eeas.europa.eu/csdp/structures-instruments-agencies/eumc/index_en.htm

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ЕС. ПРОЦЕДУРЫ И ШТРАФЫ

АНДРЕЙ КЛЁМИН*

***Аннотация.** В статье речь идёт о процедурах, применяемых в антимонопольной практике ЕС и штрафных санкциях, налагаемых на её нарушителей.*

***Ключевые слова:** европейское право, Евросоюз, антимонопольное право, право конкуренции, евроинтеграция, Клёмин А.В.*

ANTIMONOPOLY LEGISLATION OF THE EU. PROCEDURES AND FINES

ANDREJ KLEMIN*

***Abstract.** In the article is about the procedures, applied in the antimonopoly practice EU and fines imposed upon violators.*

***Key words:** european law, European union, antimonopoly law, competition law, eurointegration, Klemin A.V.*

С 1991 г. в России вступило в силу первое антимонопольное

* Заведующий кафедрой международного и европейского права ИЭУП (г. Казань). д.ю.н. проф. E-mail: Kleminandrey@mail.ru

* Head of the chamber of international and European law of Institute of Economics, Management and Law (Kazan). Doctor of legal science, professor. E-mail: Kleminandrey@mail.ru

законодательство. В 1995 г. в него внесены некоторые важные дополнения и поправки с целью разъяснить основные идеи и процедуры, а также определить компетенцию федеральных антимонопольных органов.

По данным Госкомитета РФ по антимонопольной политике, его деятельность выразилась в следующих цифрах. Количество случаев применения антимонопольного законодательства РФ: в 1992 г. — 8620; в 1993 г. — 11470; в 1994 г. — 12152; в 1994 г. фактов нарушения антимонопольного законодательства насчитывалось — 3720 (31 %). Из них, государственный контроль за созданием, реорганизацией и ликвидацией коммерческих организаций и ассоциаций — 5364 (43%), государственный контроль за приобретением акций (доли) в капитале коммерческой организации — 2140 (18%), прочее — 928 (8%).

Злоупотребление доминирующим положением на рынке (ст.5) - 2328 (62%), практика согласованных действий, нарушающих антимонопольное законодательство(ст.6) — 197 (5%), акты, а действия исполнительной власти направленные на ограничение конкуренции (ст.7) — 881 (24%), недобросовестная конкуренция (ст. 10) — 175 (5%), прочее (ст. 8,9,19) — 139(4%). Итого: 3720 (100%).

Нарушения, прекращенные без судебного разбирательства — 1300. Судебное разбирательство в 1994 г. начато в отношении 1467 (100%) из них по ст.5 — 896 (61%), ст.6 — 70 (5%), ст.7 — 331 (23%), ст.104 (7%). Количество предписаний: 1353; количество наложенных административных взысканий и предупреждений — 198; количество выданных предварительных разрешений на создание, реорганизацию, и ликвидацию коммерческих организаций — 4100; количество отказов на

заявления для получения разрешения на создание (и т.д.) коммерческих организаций — 550; количество предварительных разрешений, выданных для приобретения «доли» — 1581.¹

Тем не менее, приведенные цифры сами по себе еще не вполне проясняют картину реальной эффективности действующего Российского законодательства. Не прослеживается динамика и структура противоправного поведения предприятий. Цифры дают слабое представление и о применении и эффективности штрафных санкций к правонарушителям. Сама цифровая информация выглядит обезличенной, поскольку не называется ни одного конкретного предприятия-нарушителя. Не проясняются и процессуально-процедурные механизмы антимонопольного регулирования в России. Наконец, приводимые данные просто серьезно проигрывают без сопроводительного аналитического материала. Поэтому было бы неплохо дать сравнительно-правовой анализ аналогичного зарубежного законодательства, а также теории и практики применения норм о конкуренции в Евросоюзе.

Заметим, что техническое содействие ЕС совершенствованию и имплементации правил конкуренции в РФ предусмотрено в ч.4 ст.53 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Российской Федерацией и Евросообществом (1994г.). А в ст. 53 ч.1 предусматривается обязанность сторон *«работать над исправлением или устранением...ограничений конкуренции, вызванных поведением предприятий или вызванных государственным вмешательством в той*

¹ Все данные приведены из: Kashevarov A.B.& Tsyganov A.G. Summary of the most important recent developments in Russian competition legislation. // Competition policy Newsletter. №6, Vol.I, Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014. 68

мере, в какой это может воздействовать на торговлю между Россией и Сообществом». Для достижения этих целей «стороны обеспечивают наличие и применение законов, касающихся ограничений конкуренции предприятиями, находящимися под их юрисдикцией»².

Каково же регулирование конкуренции в ЕС. Основываясь на принципе «субсидиарности», система контроля за монополистической практикой со стороны ЕС, как справедливо заметил Еременко В.И. «носит факультативный характер для участников хозяйственного оборота»³. Положения нормативных актов ЕС направлены против монополизации лишь постольку, поскольку при этом происходит действительное ограничение конкуренции. Если заглянуть в учредительные акты альянса, то выясняется, что основополагающие нормы, регулирующие конкуренцию на рынке ЕС, содержат лишь декларированные запреты. Лишение же картелей реальных возможностей неправомерного использования своего монопольного положения договорами не предусмотрено. Комиссия ЕС уполномочена всего лишь устанавливать, что определенное поведение того или иного предприятия на рынке не является правомерным. Каким же образом в таком случае происходит регулирование конкурентной политики в рамках группировки. Каковы процессуально-процедурные аспекты этой деятельности, имеются ли и каковы объемы санкций за нарушение правил справедливой конкуренции в ЕС. Какова правореализационная практика в ЕС в этой сфере.

autumn/winter 1995 P.58.

² Документы, касающиеся взаимоотношений между Европейским Союзом и Россией. Отв.ред. Ю.А.Борко. М.— «Право», 1994.

³ Еременко В.И. Антимонопольное законодательство ЕС: опыт международно-правового регулирования. // Законодательство и экономика. 1994, № 13-14, С.69.

Конкурентное право является одним из основных элементов правовой системы ЕС — важнейший инструмент успешной экономической интеграции. А создание системы для защиты свободной конкуренции на едином рынке, основанной на правилах, изложенных в договоре — это одна из задач Сообщества. Сфера деятельности картелей и монополий — эта та область, где законодательство Общего рынка широко развивалось и оказало сильное влияние на законодательства стран-членов. Следует сказать, что сегодня во всех государствах ЕС проводится единая политика в области конкуренции. Право союза, как известно, существенно отличается от классического международного и благодаря регламентам и директивам в значительной степени носит технический и хозяйственно-правовой характер. В этой связи необходимо заметить, что в компетенцию ЕС выведен весь комплекс торгового и гражданского права, регулирующий конкуренцию в рамках ЕС. В случае коллизии международные акты Евросообщества заменяют национальные законы, регулирующие конкуренцию, деятельность картелей и монополий, оказание государственной помощи предприятиям.

Конкурентное право евроальянса еще молодо. Если в США антитрестовское законодательство применяется уже в течение столетия, то аналогичное право ЕС декларативно существует, лишь с 1957г. А первые прецеденты применения европейского конкурентного права, в которых в виде санкций налагались денежные начеты, появились лишь примерно через 10 лет. «Конкурентная политика ЕС —

это чрезвычайно техническая и запутанная сфера европейского права»⁴. В праве ЕС существует три вида недобросовестной конкуренции, точнее сказать, единая политика ЕС в области конкуренции строится по трем основным направлениям:

1. антикартельное регулирование ЕС;
2. контроль за злоупотреблением доминирующим положением на рынке товаров и услуг;
3. контроль за льготными государственными субсидиями отдельным фирмам и отраслям промышленности.

Выполнение правил конкуренции в ЕС обеспечивает Комиссия Евросоюза. основополагающие нормы, регулирующие конкуренцию, содержатся, во-первых, в учредительном договоре о ЕС, и, во-вторых, в регламентах, директивах и решениях Брюсселя, и, в-третьих, в заключениях суда ЕС.

Естественно, что нормы конкурентного законодательства не были бы столь эффективны, не будь у высших органов ЕС достаточных санкций за их нарушение. Какие же санкции предусматриваются коммунитарным антимонопольным законодательством, и что реально могут брюссельские антимонопольные органы для предотвращения нарушения конкуренции. Нужно сказать, что никаких санкций за нарушение предприятиями правил конкуренции статьями учредительных договоров не предусмотрено. А реализация запретов, указанных в договорах, обеспечивается принятием положения о штрафах и периодических штрафных платежах, содержащихся в регламентах и директивах ЕС.

⁴ EG-Wettbewerbsvorschriften. 1984. Luxemburg. S.9.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Во-первых, Комиссия ЕС [КЕС] может издать распоряжение о приостановке и прекращении антиконкурентных действий. Например, «Решение о прекращении действий, ограничивающих конкуренцию»⁵. Далее, КЕС, подобно арбитражу ВТО, может потребовать реабилитирующих действий — например — возобновить противоправно приостановленные поставки и т.д.

1 млн. евро или до 10% годового оборота за предыдущий хозяйственный год — таков размер штрафных санкций за небрежное или преднамеренное нарушение статей договора. Умышленное нарушение влечет за собой штраф и в более значительном объеме. Оценка Комиссией того или иного казуса в каждом случае индивидуальна. При наложении штрафа КЕС берет в расчет, например, не только серьезность и длительность нарушения, но также и оценку прибыли, которую компании должны были получить с операций картели.

Проводя расследование монополистической деятельности того или иного предприятия, Комиссия имеет право требовать от него ответа на поставленные вопросы. Если они уклонятся от ответов или ответы неполные или неправильные, Комиссией может быть наложен штраф. За неточную или неполную информацию — до 5000 ECU⁶. Если Комиссия была вынуждена вынести официальное решение обязывающее предприятие дать исчерпывающую информацию, то за каждый день просрочки предоставления полной информации — 1000 ECU.

⁵ Конкурентная политика Европейского Сообщества. Отв.ред. Ю.А.Борко. Москва. «Право» 1995. С.72-73.

⁶ ECU — European Currency Union — валюта ЕС, предшественница «Евро». Имела хождение в ЕС в 1990-х гг. в виде электронных, а не наличных денег — для взаиморасчетов.

Один из процедурных методов приведения в действие норм, регулирующих конкуренцию — обязательная нотификация — т.е. уведомление Комиссии о соглашении между предприятиями с целью проверки его на предмет соответствия европейскому конкурентному законодательству — с выдачей соответствующего «свидетельства об отсутствии нарушений» (*comfort letter*). Комиссия имеет право налагать штрафы в размере до 5000 ECU в тех случаях, когда предприятия намеренно или по небрежности представляют в нотификации неверную или вводящую в заблуждение информацию⁷.

Комиссии также предоставлено право направлять на предприятие своих официальных представителей для изучения необходимой документации. Эти представители во время инспекционного визита уполномочены исследовать деловые архивы и документы компании, снимать с них копии, входить во все помещения, требовать объяснений, осматривать территорию, транспортные средства фирмы и т.д. Предприятия, подвергающиеся такой проверке, при непредставлении полной информации могут подвергнуться штрафу до 5000 ECU. Конечно, предприятия не могут быть принуждены принимать официальных представителей КЕС, однако, Комиссия, не имея государство-подобных принудительных рычагов, может вынести ответное решение с требованием сделать это. А после этого отказ принять инспекторов ЕС грозит предприятию штрафом до 1000 ECU за каждый день просрочки. У Комиссии имеется право проводить неожиданные инспекции, что, конечно же, весьма ценно с точки зрения получения достоверной информации. И предприятия, несмотря на все

⁷ См. там же. С.60.

оговорки, фактически лишены реальной возможности противодействовать этому⁸.

Таким образом, эффективность европейского антимонопольного законодательства основывается на системе реальных и убедительных штрафных санкций. Тем не менее, как свидетельствует официальный источник, «Комиссия отдает себе отчет в том, что наложение высоких штрафов имеет двойственный эффект. Первое и наиболее важное, что высокие штрафные санкции будут убеждать компании отказаться от существующих картелей, нарушающих правила свободной конкуренции и потенциально удержит других от создания новых. Но, второе, некоторых из тех, кто продолжает заниматься монополистической практикой, может подвигнуть и на то, чтобы прилагать больше усилий с целью избежать обнаружения и раскрытия этой деятельности Комиссией»⁹. По признанию КЕС, с все более увеличивающимся использованием компьютеров раскрытие картельной практики становится соответственно все более затруднительным. Опыт показал, что полномочия на инспектирование предприятий, делегированные КЕС — достаточно эффективное средство для обнаружения монополистической практики.

По данным того же официального издания — *European Community competition policy* в отношении трех крупнейших картелей европейского масштаба Комиссией были приняты официальные запреты на монополистическую практику. По статистике это больше, чем за какой-

⁸ Там же. С.68-69.

⁹ European Community competition policy. 1994. Luxembourg, p.9.

Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

либо предыдущий год. Вдобавок, штрафные санкции аналогично были более высокими, чем когда-либо раньше.

Так, в 1991 г. КЕС неожиданно провела инспекцию ряда компаний, производящих и/или распределяющих стальной брус в ЕС. 17 компаний, вовлеченных в картельное соглашение, договорились зафиксировать цены и квоты и действовали через ассоциацию «Европейской стальной промышленности». Итоговая сумма штрафа, наложенная на картель, составила 104,4 млн. ЭКЮ. При начислении штрафа в учет были взяты многочисленные факторы, одним из которых (показательным с точки зрения гибкости системы) было, например, то, что в период с 1980 по 1988 гг. сталелитейная промышленность испытывала глубокий кризис. Этот период, в частности, был исключен при подсчете суммы штрафа.

Следующей картель, на деятельность, которой был наложен запрет — это *Cartonboard cartel*, которая включала 19 компаний, покрывающих целиком сектор производства картонных изделий. Как результат картельной деятельности, лист цен возрос в среднем на 26% за период с 1988 по середину 1991г. Штраф, наложенный на картель составил 132 млн.ЭКЮ. Как всегда, КЕС учла все факторы. В качестве одного из смягчающих обстоятельств было признано то, что несколько компаний, все-таки, поддерживали связь с Комиссией по вопросам своей деятельности. Две — компании добровольно предоставили КЕС важную информацию уже на ранней стадии «европейского» расследования. В результате чего они получили существенное снижение штрафных

санкций. Меньшую скидку, но все-же, получили, те компании, которые подключились к этому процессу позднее¹⁰.

В этом же году Комиссия приняла другое решение, налагающее штраф в рекордном размере — 248 млн. ЭКЮ (это по курсу около 300 млн. долл. США) на 23 производителя цемента, 8 национальных «цементных» ассоциаций и Европейскую ассоциацию цемента. Последовавшие со стороны Комиссии множество одновременных неожиданных инспекционных проверок по всему Сообществу вскрыли «внутренний рынок» картели, оперировавшей по всему Европейскому Союзу. По существу, компании договорились — через свои национальные цементные ассоциации — не продавать производимый продукт на каком-либо ином рынке, кроме определенного соглашением.

КЕС пришла к заключению, что такая практика имеет единственную цель — ограничить конкуренцию между компаниями разных стран ЕС. Следовательно, это противоречит целям сообщества и сумма штрафа должна быть максимальной.

Еще один пример из практики Евросоюза характерен для иллюстрации некоторых иных сторон механизма реализации антиконкурентного законодательства. Так, по жалобе одного из производителей программной продукции КЕС провела расследование в отношении такой всемирно известной фирмы как *Microsoft* на предмет злоупотребления ею доминирующим положением на рынке операционных систем для компьютеров. Принятое ею распоряжение о лицензировании, по мнению КЕС имело эффект «исключения

¹⁰ Ibid. p. 10.

конкурентов». Озабоченность вызвала продолжительность лицензионного контракта фирмы с использованием в нем так называемого «минимума обязательств», что в целом имело эффект закрытия европейского рынка для других производителей аналогичной продукции.

Пока КЕС готовила официальное заявление со своими возражениями, *Microsoft* обратилась в Комиссию с обязательствами, которыми она отказывалась от мер, предусмотренных в лицензионном соглашении и нарушающих справедливую конкуренцию на рынке ЕС. Таким образом, поскольку фирма свернула свою противоправную деятельность уже на ранней стадии процесса, открыв взятыми на себя обязательствами рынок операционных систем для свободной конкуренции со стороны как уже существующих «поставщиков», так и потенциальных, то КЕС отказалась от применения к *Microsoft* штрафных санкций¹¹.

Один из принципов антимонопольного законодательства ЕС — ограничение параллельной торговли, т.е. когда производителям запрещается разделять внутренний рынок частными соглашениями и сохранять цены организованной антиконкурентной политикой. Пример: “*BASF/Accinauto*”. Решением от 12 июля 1995 г. КЕС наложила штраф в размере 2,7 млн. ЭКЮ на Германского производителя (*BASF Lacke+Farben*) отделочных автомобильных красителей, а также дополнительно на *BASF GROUP* и 10 000 ЭКЮ на эксклюзивного дистрибьютора в Бельгии и Люксембурге — *Accinauto S.A.* Два английских параллельных импортёра отделочных глазуритных

красителей пожаловались на эту фирму, (от которой они получали глауригит), что последняя прекратила поставки им летом 1991 г. по распоряжению *BASF*. КЕС расследовала дело *BASF* и *Accinauto*. 12 мая 1993 г. она послала *BASF+f* и *Accinauto* заявление с возражениями, чем фактически начала процесс по факту нарушения. 23.09.1993 г. по нему состоялось слушание, которое в итоге и закончилось вышеуказанным штрафом¹². Комиссия справедливо придерживается позиции, что компании, занимающие доминирующее положение, будут диктовать рынку более высокие цены и меньше инвестировать в исследования и развитие, чем компании, открыто принимающие активную конкуренцию.

За тот же один 1994-й год Комиссией принято огромное количество решений по поводу оказания предприятиям льготных государственных субсидий. Особенно это относится к реструктуризации стальной промышленности и государственных предприятий, авиакомпаний *Air France* и *Bull*. Интересно заметить в этой связи, что Римский учредительный договор о ЕС запрещает прямую помощь экспорту, не делая исключений и для сырьевых предприятий. В то же время заслуживает внимания тот факт, что соглашением о партнерстве и сотрудничестве с РФ (ст.53 ч.2.2) для государственной помощи экспорту сырьевой продукции (очевидно, российской) делается исключение — такие субсидии, как ни странно, допускаются.

Только за 1994г. год Комиссия зарегистрировала 594 новых случая, льготного субсидирования отдельных предприятий. Из них — 510

¹¹ Ibid.

¹² XXV report of competition policy (1995), Brussels, 10.04.1996. Com (96) 126 final.

нотификаций о получении новой «госпомощи» или изменении размера существующей, 68 случаев ненотифицированной госпомощи и 16 повторных проверок уже оказываемых субсидий. Это потребовало от КЕС в целом 527 решений как по индивидуальным случаям, так и по схемам государственных дотаций, предусматривающим содействие фирмам¹³.

Какие же решения были приняты. В 440 случаях КЕС было решено не поднимать каких-либо возражений, в 40 — начать процесс по статье 93 ч.2 договора о Европейском сообществе или ст. 6(4) решения 3855/91 ЕОУС. Это привело к принятию 15-ти позитивных финальных решений, трем негативным финальным решениям и двум «условным» финальным решениям. Наибольшее количество решений КЕС (из 527), относящихся к гос. субсидиям, приходится на Германию-206, Испанию-88, Францию-55 и т.д.¹⁴

Государственная помощь предприятиям, независимо от формы национальных, региональных или локальных органов, предоставляющих ее, должны быть нотифицированы в КЕС и разрешены последней еще до их имплементации. Однако и в ЕС не всеми и не всегда выполняются соответствующие требования. По статистике более 10% субсидий, зарегистрированных в 1994 г., не были нотифицированы положенным образом.¹⁵

В целом резко возросло количество нарушений правил конкуренции в 1995 г. Общее количество новых случаев, включая антитрестовское законодательство, контроль за концентрацией

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

производства, государственная помощь, возросло с 1081 в 1994г. до 1472 в 1995 г. (рост на 36%). Причем значительная часть этого роста обязана вступлению в ЕС трех новых членов с 1-го января 1995г. (Швеции, Австрии, Финляндии), увеличивших статистику противоконкурентной практики. Общее количество закрытых дел в 1995 г. (1200) осталось таким же, как и в предыдущем — 1200¹⁶.

За 1995 г. КЕС зарегистрировала 559 новых казусов, включая 368 нотификаций, 145 жалоб (140 — в 1994г.) и 46 казусов, открытых Комиссией по собственной инициативе (в 1994 г.— 16). Это показывает рост на 42 % по сравнению с 1994 г. и превышает среднее количество возникающих казусов на протяжении 8-ми последних лет более чем на 32%¹⁷. В этой связи логично привести цифры, показывающие количество дел, начатых в 1994 г. и незавершенных к концу года — 1058 дел, тогда как если сравнить с 1980 г. — таковых было 3000. По сравнению с 1993 г. оно умножилось на 168, Однако по признанию известного журнала, за этот год темпы снижения числа казусов монополистической практики в ЕС были, все-таки, меньшими, чем в прошлые годы¹⁸.

Ведется в ЕС и статистика «положительных» решений Комиссии, одобряющих те или иные соглашения. В 1994 г. их количество было рекордным — больше чем в какой-либо предыдущий год — 197 соглашений, нотифицированных в КЕС. Они были быстро одобрены уже упомянутым “*comfort letter*”¹⁹.

¹⁵ Ibid. p.4.

¹⁶ See Karel van Miert. // European Community competition policy. Luxembourg. 1995. p.11.

¹⁷ Ibid. p.33.

¹⁸ European Community competition policy. 1994. Luxembourg, p.24.

¹⁹ Karel van Miert. (1995) — Ibid. p.4.

Естественно, Комиссия ЕС осуществляет контроль за концентрацией производства в рамках еврогруппировки. В 1994 г. исполнительный орган ЕС урегулировал рекордное количество случаев — 95. Для сравнения в 1993 г. всего 48²⁰. В следующем 1995 г. концентрация производства, подпадающая под действие правил, регулирующих "слияния и поглощения" была более многочисленной, чем даже в 1994 г. Так, в 1995 г. КЕС получила 114 нотификаций (в 1994 г.— 100) и приняла 109 финальных решений (в 1994 г— 90).

В 1995 г. Комиссией начато 7 расследований, которые ею обозначаются как "расследования 2-й фазы" иными словами, более тщательные и глубокие. В 1994 г. аналогичных расследований было 6. Две операции были запрещены (в 1991 г.-1) и обе в секторе средств массовой информации. Конкретно речь идет о (*NSD*)-*Nordic Satellite Distribution* — совместное предприятие и *RTL/Veronica/Endemol (Holand Medica Groep-HMG)*²¹.

Таким образом, официально публикуемые общедоступные издания по антимонопольной политике ЕС предоставляют богатый материал для сравнительноправового анализа имплементации законодательства о свободной конкуренции. Евросоюз вообще являет собой замечательный пример максимальной популяризации своей деятельности, в том числе, и в области конкурентной политики. Статистические обзоры ЕС на эту тему доступны широкому читателю, оптимально иллюстрированы, красочно оформлены, приемлемы для понимания неспециалиста. В отличие от голых цифр российской

²⁰ Ibid. p.4

²¹ Ibid. p.4.

антимонопольной статистики, официальные издания ЕС содержат максимально конкретную информацию с указанием конкретных нарушителей (невзирая на их весомость), лаконичным описанием «казуса», конкретного вида и объема штрафных санкций, а также открытым освещением процессуально-процедурных рычагов приведения в действие антимонопольных норм.

Комиссия, как орган ответственный за их реализацию, как видно уже исходя из данного материала, демонстрирует волю и способность эффективно раскрывать и расследовать соглашения между предприятиями, противоречащие антимонопольному законодательству ЕС, несмотря на их скрытую природу. Можно сказать, что законодательство о конкуренции — это мощный и необходимый элемент правовой системы государств с рыночной экономикой. Актуальна потребность в его совершенствовании в РФ. Это предотвратит и возможные злоупотребления на российском рынке, как со стороны отечественных, так и западноевропейских предприятий. Не менее важная задача — создание в этой области эффективного правореализационного механизма.

В качестве заключения можно предложить: — активно использовать опыт ЕС в плане процессуально-процедурных механизмов регулирования условий свободной конкуренции: — изучать и внедрять эффективный механизм штрафных санкций как убедительного превентивного средства от возможного противоправного «антиконкурентного» поведения; — внедрить в практику антимонопольной политики РФ такое превентивное средство как издание и рассылка на предприятия кратких, максимально

популярized руководящих пособий и брошюр по действующему антимонопольному законодательству. Одним из обязательных элементов подобного пособия должен быть перечень запрещенного поведения малых, средних и крупных предприятий с указанием соответствующих санкций; — издание официальных, аналогично ЕС, популярized сборников по антимонопольной политике и практике в России, содержащих и статистический, и аналитический материал.

**ОСОБЕННОСТИ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНОСТРАННЫХ
ГРАЖДАН И ЛИЦ БЕЗ ГРАЖДАНСТВА, НЕ ПРОЖИВАЮЩИХ ПОСТОЯННО В
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

АНДРЕЙ КЛЮЧНИКОВ*

***Аннотация.** В статье исследуются теоретические и практические вопросы привлечения к уголовной ответственности иностранных граждан и лиц без гражданства, не проживающих постоянно в Российской Федерации.*

В российском уголовном законодательстве закреплен как общее правило принцип территориальной ответственности, в соответствии с которым государство осуществляет уголовное преследование и налагает наказание на любое совершившее на территории России преступление лицо ответственность. Однако данное правило в отношении иностранных граждан, лиц без гражданства имеет ряд исключений.

Несмотря на то, что «иностранцы» несут обязанности наравне с российскими гражданами, законодатель учитывает, что преступление может быть совершено за пределами РФ, но быть направленным против интересов РФ, ее гражданина; совершено в России, но лицом, имеющим особый международно-правовой статус (дипломатическим представителем, иным пользующимся иммунитетом лицом).

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

В этой связи российское уголовное законодательство устанавливает как общие правила привлечения любых физических лиц к ответственности, так и специальные, применяемые subsidiarily в зависимости от статуса лица, направленности умысла, основания ответственности.

Ключевые слова: Уголовный кодекс Российской Федерации, ответственность, суд, иностранный гражданин, лицо без гражданства.

CRIMINAL LIABILITY FEATURES OF THE FOREIGN CITIZENS AND STATELESS PERSONS WHO AREN'T LIVING CONSTANTLY IN THE RUSSIAN FEDERATION

ANDREW KLYUCHNIKOV*

Abstract. *The article is dedicated to the theoretical and practical questions of the criminal liability features of the foreign citizens and stateless persons who are not living constantly in the Russian Federation.*

The principle of territorial liability according to which the state carries out criminal prosecution and imposes punishment on the person who committed any crime is enshrined in the Russian criminal legislation as the general rule.

* Klyuchnikov Andrei Yurievuch, 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).

However this rule has a number of exceptions concerning foreign citizens, stateless persons.

Foreign citizens, stateless persons perform duties on an equal basis with the Russian citizens. It is legislatively established that the crime can be committed outside the Russian Federation, but to be directed against interests of the Russian Federation, its citizen; it is made in Russia, but the person have a special international legal status (the diplomatic representative, the other person using immunity).

Russian criminal legislation establishes a general rule of involvement of any natural persons to a criminal liability, and also some special additional rules depending on the person' status, orientation of intention, and the liability basis.

Keywords: *Penal code, liability, court, foreign citizen, stateless person.*

Правовую основу привлечения иностранных граждан, лиц без гражданства, постоянно не проживающих в РФ, к уголовной ответственности в РФ, составляют Конституция РФ, ст. 11-12 УК РФ, федеральный закон 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в РФ».

В соответствии со ст. 2 закона¹, временно пребывающий в РФ иностранный гражданин — лицо, прибывшее в РФ на основании визы или в порядке, не требующем получения визы, и получившее

¹ О правовом положении иностранных граждан в РФ: федер. закон Рос. Федерации от 2002 г. N 115-ФЗ // Собрание законодательства Рос. Федерации. — 2002. — N 30. — Ст. 3032.

миграционную карту, но не имеющее вида на жительство или разрешения на временное проживание; временно проживающий в РФ иностранный гражданин — лицо, получившее разрешение на временное проживание; постоянно проживающий в РФ иностранный гражданин — лицо, получившее вид на жительство.

В силу ст. 8 закона, юридическая грань между временным проживанием и постоянным проживанием обусловлена подачей заявления на получение вида на жительство при наличии законных оснований, которое может быть выдано территориальным органом ФМС не позднее чем за шесть месяцев до истечения срока действия разрешения на временное проживание. До получения вида на жительство иностранный гражданин обязан прожить в РФ не менее одного года на основании разрешения на временное проживание. Правило не применимо к высококвалифицированным специалистам и членам их семей.

По общему правилу ст. 11 УК РФ, любое лицо, совершившее преступление на территории Российской Федерации, подлежит уголовной ответственности в соответствии с УК РФ. Преступления, совершенные в пределах территориального моря, воздушного пространства РФ, на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне РФ признаются совершенными на территории РФ.

Согласно ч. 3 ст. 62 Конституции РФ иностранные граждане и лица без гражданства несут в РФ обязанности наравне с российскими гражданами. Данный принцип нашел отражение в нормах охранительного законодательства. Это означает, что иностранцы

привлекаются к уголовной ответственности на основании тех же принципов и норм, что и граждане РФ. На наш взгляд, такой подход обусловлен право ограничениями некоторых личных и имущественных прав, реализация которых не обусловлена вопросами гражданства.

Конституционный Суд РФ по вопросу о возможности лишения свободы иностранцев подчеркнул, что согласно буквальному смыслу ст. ст. 22 и 46 Конституции РФ и смыслу, вытекающему из взаимосвязи этих статей с другими положениями ее главы 2 «Права и свободы человека и гражданина», а также с общепризнанными принципами и нормами международного права, право на свободу и личную неприкосновенность, право на судебную защиту — личные неотчуждаемые права каждого человека, вне зависимости от наличия у него гражданства какого-либо государства, следовательно, должны гарантироваться иностранным гражданам и лицам без гражданства наравне с гражданами РФ (п. 4 постановления Конституционного Суда РФ 1998 г. N 6-П²). Практика ЕСПЧ (например, постановление 2014 г. по делу Исмаилова³) ввела дополнительные гарантии прав «иностранцев»: об эффективности средств национальной правовой защиты (п. 97), на свободу от произвольного заключения (п. 111), обращение без дискриминации по признаку расы, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения (п. 130-131).

² По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24 июня 1981 года «О правовом положении иностранных граждан в СССР»: постановление Конституционного Суда РФ от 17.02.1998 N 6-П // Собрание законодательства Рос. Федерации. — 1998. — N 9. — Ст. 1142. Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Правило ч. 1 ст. 11 УК РФ составляет территориальный принцип действия уголовного закона в пространстве, которому подчинены все лица, совершающие преступление на территории РФ, включая иностранных граждан, лиц без гражданства, безотносительно фактов пребывания или проживания в России. В соответствии с принципом гражданства ч. 1 ст. 12 УК РФ лица без гражданства, постоянно проживающие на территории РФ, совершившие преступление вне пределов РФ, несут уголовную ответственность также по уголовному законодательству России, если: 1) это преступление направлено против интересов, охраняемых УК РФ; 2) отсутствует решение суда иностранного государства, вынесенное за совершенное преступление.

В соответствии с п. 3 ст. 12 УК, иностранные граждане и лица без гражданства, не проживающие постоянно в РФ, совершившие преступление вне пределов РФ, подлежат уголовной ответственности по УК РФ в случаях, если преступление направлено против интересов РФ, ее гражданина либо постоянно проживающего в РФ лица без гражданства, а также в случаях, предусмотренных международным договором РФ, если иностранные граждане и лица без гражданства, не проживающие постоянно в России, не были осуждены в иностранном государстве и привлекаются к уголовной ответственности на территории РФ. Экстратерриториальная юрисдикция ч. 3 ст. 12 УК РФ базируется на принципе защиты и пассивного персонального принципа.

³ Дело «Исмаилов (Ismailov) против Российской Федерации» (жалоба N 20110/13): постановление ЕСПЧ от 17.04.2014 // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. — 2014. — N 6(06).
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

По мнению В.М. Лебедева, принцип ч. 3 ст. 12 УК применяется к международным преступлениям и преступлениям международного характера, ответственность за которые в соответствии с принятыми РФ обязательствами предусмотрена ее уголовным законодательством (преступления против мира и безопасности человечества (ст. ст. 353 — 360 УК РФ), ряд «конвенционных преступлений» (ст. ст. 127.1, 127.2, 186, 206, 227 УК РФ)⁴. В остальных случаях иностранцы, совершившие преступления за пределами российской территории, могут выдаваться соответствующему иностранному государству на основании международного договора (ч. 2 ст. 13 УК РФ).

Данное обстоятельство надлежит учитывать не только применительно к вопросам привлечения к ответственности, но и при совершении отдельных процессуальных действий. Например, Мосгорсуд отказал в удовлетворении ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении иностранной гражданки, не проживавшей в России, совершившей преступление и осужденной в иностранном государстве⁵.

По другому делу подсудимый обжаловал постановление о его выдаче в страну-участника СНГ для привлечения к ответственности, обосновывая это тем, что он являлся лицом без гражданства, поскольку гражданство этой страны не принимал. ВС РФ отказался применить ст. 12 УК РФ, поскольку в материалы дела были представлены

⁴ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.М. Лебедев. — 3-е изд., доп. и испр. — М.: Юрайт-Издат, 2004. С. 117.

⁵ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 21.12.2011 N 22-15815 // СПС «КонсультантПлюс».

доказательства иностранного гражданства, а статусом беженца он не обладал.⁶

Резюмируя, российское уголовное законодательство, устанавливая режимы нахождения иностранных граждан и лиц без гражданства на территории РФ, устанавливает как общие правила привлечения любых физических лиц к ответственности, так и специальные, применяемые субсидиарно в зависимости от статуса лица, направленности умысла, основания ответственности, в целом соответствующие действующим международным обязательствам РФ.

⁶ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 11.05.2011 N 73-О11-13 // СПС «КонсультантПлюс».

**УНИФИКАЦИЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМА МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ
ТОВАРОВ В РАМКАХ СНГ**

ДМИТРИЙ ТРУХАНОВ*

***Аннотация.** в статье исследуются проблемы унификации правового режима международной купли-продажи товаров в СНГ. О необходимости унификации говорится в ряде последних документов, принятых на высшем уровне в рамках СНГ. В статье даны рекомендации по совершенствованию правового регулирования договора международной купли-продажи товаров в странах СНГ путем унификации коллизионных норм, в том числе по гармонизации содержания коллизионных норм и нахождению адекватного метода их унификации.*

***Ключевые слова:** СНГ, договор международной купли-продажи товаров, коллизионные нормы, унификация.*

**THE UNIFICATION OF THE LEGAL REGIME OF INTERNATIONAL SALE OF GOODS WITHIN
THE CIS**

DMITRIY TRUKHANOV*

* Труханов Дмитрий Алексеевич, магистрант кафедры Конституционного права и муниципального права Челябинского государственного университета, E-mail: R4comm@yandex.ru.

Annotation. *The article investigates the problem of unification of the international legal regime for the sale of goods in the CIS. On the need for unification of states in a number of recent documents adopted at the summit of the CIS. The article provides recommendations for improving the legal regulation of the contract for the international sale of goods in the CIS countries due to the unification of conflict rules, including the content of standardized conflict rules and finding an adequate method of unification.*

Keywords: *CIS, international contract of sale of goods, the conflict rules, unification.*

Широкое применение договора международной купли-продажи товаров хозяйствующими субъектами государств СНГ обуславливает потребность решения возникающих при его регулировании проблем как теоретического, так и практического характера. Одной из них является проблема выбора применимого права, связанная с возможностью применения к договору международных правовых актов, являющихся результатом унификации материальных и коллизионных норм, а также в определенных случаях и национального законодательства. Данная проблема существенно отягощает процесс правоприменения, требует в определенных случаях специальных знаний национального законодательства и практики его применения в стране контрагента, что по разным причинам (языковые барьеры, отсутствие судебной

практики и официальных разъяснений по спорному вопросу, а порой и определенные сложности в поиске действующей редакции нужного нормативного акта и т.п.) не всегда возможно.¹

Анализ коллизионных норм стран СНГ позволяет сделать вывод, что эти страны в новых условиях в определенной степени повторяют путь, ранее пройденный европейскими и иными зарубежными странами. Становление государственности, выявление собственных особых черт, обусловленных национально-историческими особенностями, не может не сопровождаться раздумьями о нахождении собственного правового регулирования. Поэтому естественно стремление государств СНГ к нахождению областей и сфер взаимодействия, представляющих для них первоочередной интерес и направленных на обеспечение наиболее адекватных форм взаимодействия их хозяйствующих субъектов. При этом, однако, не могут игнорироваться те основополагающие принципы, на которых строится рыночная экономика во всех странах независимо от особенностей их правовых систем: свобода договора, свобода конкуренции и корпоративное право как основание для объединения лиц и капиталов.

В рамках СНГ имеются определенные достижения в сфере унификации как материально-правовых (что рассматривается в гл. 3), так и коллизионных норм: Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта

State University, E-mail: R4comm@yandex.ru.

¹ Титова Ю. Экспорт товаров: как избежать ошибок при составлении и заключении контрактов // Хозяйство и право. 2007. № 1.

1992 г. и Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. Особенностью данных международных соглашений является подчиненный характер коллизионного регулирования отношений, возникающих в сфере международного коммерческого оборота, поскольку в основе своей они имеют иной предмет регулирования. Так, из тринадцати статей Соглашения о порядке разрешения споров только одна — ст. 11 — устанавливает правила применения гражданского законодательства стран СНГ, фиксируя коллизионные привязки по ряду вопросов.

В частности, в связи с договорами установлены критерии определения личного статуса юридических лиц и предпринимателей (включая форму и порядок выдачи доверенности); коллизионные нормы для отношений, вытекающих из права собственности, включая права на имущество, являющееся предметом сделки; коллизионные нормы для определения обязательственного статуса сделки и исковой давности. При этом обязательственный статус сделки определяется по законодательству места ее совершения, что противоречит установленным в законодательствах Беларуси, Казахстана, России и Украины коллизионным нормам, а также подходам, принятым в универсальных и региональных международных конвенциях. Понимая несоответствие положений Соглашения современным реалиям, участники международных коммерческих операций из стран СНГ согласовывают правила о применимом праве непосредственно в контрактах.

Так же стоит отметить, что правовое регулирование договора международной купли-продажи товаров между субъектами предпринимательской деятельности стран СНГ в рамках Конвенции не всегда может являться достаточным. Это объясняется, во-первых, тем, что в Венской конвенции не участвует ряд стран СНГ (Азербайджан, Казахстан, Таджикистан, Туркменистан) и, следовательно, для хозяйствующих субъектов этих стран положения Конвенции не имеют обязательного характера. Они применяют Конвенцию лишь в случае достигнутого по этому поводу соглашения между сторонами договора либо в силу отсылки соответствующей коллизионной нормы к применимому праву государства-участника Конвенции. Во-вторых, положения Конвенции охватывают не все вопросы, связанные с правовым регулированием данного договора. Кроме того, диспозитивный характер Конвенции (ст. 6), позволяет сторонам договора полностью исключить ее действие. Венская конвенция (ст. 90) не затрагивает действия других международных соглашений по вопросам, являющимся предметом ее регулирования, следовательно, международные договоры региональной и двусторонней унификации, регулирующие аналогичные правоотношения, имеют приоритет над нормами Конвенции.

При рассмотрении в МКАС споров из международных коммерческих контрактов возникает неоднозначная ситуация: в отсутствие согласования сторонами контракта применимого права при разрешении спора российской фирмы с партнером из страны СНГ применяется отсылка к праву страны места заключения контракта (как

предусмотрено ст. 11 Соглашения); при разрешении спора российской фирмы с партнером из иной страны МКАС, по общему правилу, исходят из отсылок, содержащихся в Гражданском Кодексе. Следовательно, заключенный российской фирмой договор международной купли-продажи товаров при отсутствии в нем согласования о выборе применимого права в отношениях с контрагентом из Беларуси или с Украины будет регулироваться правом страны места заключения контракта, а в отношениях с контрагентом из Эстонии или Германии — правом страны продавца, что не может быть признано удовлетворительным и способствующим ясности и определенности коммерческого оборота.²

Анализ Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам выявляет ее направленность на урегулирование указанных отношений применительно в первую очередь к гражданам каждой из договаривающихся сторон, что следует из ст. 1. Вместе с тем положения Конвенции применяются также к юридическим лицам, созданным в соответствии с законодательством договаривающихся сторон (п. 3 ст. 1).

Конвенция регламентирует правила обращения в учреждения юстиции договаривающихся государств, к которым согласно ст. 1 относятся суды, прокуратура и иные учреждения, к компетенции которых относятся гражданские, семейные и уголовные дела. Учитывая, что международный коммерческий арбитраж, будучи третейским судом, не является государственным учреждением юстиции и не

² Соответствующие дела приводятся М.Г. Розенбергом в кн.: Международный договор и иностранное Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

обладает полномочиями на исполнение судебных поручений, к нему правила Конвенции не относятся.

Конвенция содержит ряд коллизионных норм: об определении правоспособности юридического лица (ст. 23); о возникновении и прекращении права собственности на имущество, являющееся предметом сделки (п. 4 ст. 38); об обязательном статуте сделки (ст. 41).

И в Соглашении о порядке разрешения споров 1992 года, и в Конвенции о правовой помощи 1993 года содержится одна и та же коллизионная норма, определяющая обязательственный статут сделки и отсылающая к законодательству места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Хотя круг стран — участниц указанных соглашений не совпадает, однако следует подчеркнуть, что данная коллизионная привязка не соответствует действующему для внешнеэкономических сделок коллизионному критерию в России, Беларуси, Казахстане и Украине, противоречит Модельному ГК для стран СНГ (ст. 1255) и не соответствует современным тенденциям коллизионного права, отраженным в универсальных и региональных конвенциях по коллизионным вопросам.

О необходимости совершенствования правового регулирования экономических отношений между организациями стран СНГ путем унификации и гармонизации национального законодательства, способствующей укреплению и развитию этих отношений, расширению

координации деятельности их участников, говорится в ряде последних документов, принятых на высшем уровне в рамках СНГ.³

Поэтому совершенствование подходов в коллизионной сфере в рамках СНГ является весьма актуальным. Прежде всего, должен быть решен вопрос о месте унификации коллизионных норм в системе правового регулирования в рамках СНГ. Весьма важными при этом являются два вопроса: о содержании унифицированных коллизионных норм и о нахождении адекватного метода их унификации.

Наиболее оптимальным представляется международно-правовой способ обеспечения предсказуемости в отношении применимого права по внешнеэкономическим сделкам. Подтверждением положительного отношения стран СНГ к унификации является постоянное возрастание числа стран СНГ — участниц Венской конвенции 1980 г.

Механизмом создания единого коллизионного режима для внешнеэкономических сделок могло бы стать соглашение стран СНГ, создающее единый коллизионный режим для таких сделок. В таком документе могли бы найти отражение три основные группы вопросов. Во-первых, закрепление автономии воли сторон при выборе применимого права (что является общепризнанным в рамках универсальной и региональной унификации коллизионных норм); во-вторых, согласование коллизионных привязок для основных внешнеэкономических сделок; в-третьих, установление единых принципов последствий применения коллизионных норм, включая

³ См.: Концепция дальнейшего развития СНГ, одобренная решением Совета глав государств СНГ 5 октября 2007 г. (абз. 11 п. 2.3 Концепции); Стратегия экономического развития СНГ на период до 2020 г., утвержденная решением Совета глав правительств СНГ 14 ноября 2008 г.

соотношение абсолютно императивных норм страны суда или арбитража и норм применимого права.

С принятием в рамках СНГ подобного соглашения были бы устранены различия в действующем в них коллизионном праве и установлен единый правовой режим в отношении коллизионных аспектов внешнеэкономических сделок, заключаемых хозяйствующими субъектами указанных стран.

Создание в СНГ на уровне международного соглашения единого коллизионного регулирования, соответствующего принципам универсальной и региональной унификации, означало бы еще один шаг в достижении общего правового режима в рамках СНГ. Кроме того, это имело бы положительное значение и для иностранных фирм из стран, не входящих в СНГ, поскольку наличие международного соглашения по коллизионным вопросам внешнеэкономических сделок означало бы для них ясность и предсказуемость будущего их коммерческого контракта, заключаемого с предприятием из страны СНГ, и значительно облегчало бы реализацию таких контрактов.

Новое Соглашение «Об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества Независимых Государств», включающее в себя развернутую систему унифицированных норм, обеспечивающих достаточно полную и отвечающую современным условиям регламентацию рассматриваемого договора, позволило бы установить эффективное многостороннее правовое регулирование между партнерами стран СНГ на внешнем рынке и явилось бы важным дополнением реализуемых в СНГ

мероприятий по созданию зоны свободной торговли и единого
экономического пространства.⁴

⁴ О предложениях по содержанию нового Соглашения "Об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников Содружества Независимых Государств" см.: Аксенов А. Г. Договор международной купли-продажи товаров между субъектами предпринимательской деятельности стран СНГ.

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ СУВЕРЕНИТЕТ ПРИ ВЗАИМОДЕЙСТВИИ ГОСУДАРСТВА С ИНОСТРАННЫМИ ГОСУДАРСТВАМИ

МЕХТИ ШАРИФОВ*

***Аннотация.** Взаимодействие государств осуществляется на основе принципов, зафиксированных в международном праве. К числу таких принципов относится принцип суверенного равенства, территориальной целостности, неприкосновенности государственных границ и т.д. Формально Вестфальская международная система признает равенство суверенитетов всех государств, однако фактически степень суверенности на международной арене может быть различной (например, феномен «ядерного суверенитета»).*

Проблема технологического разрыва — это одна из существенных противоречий международных отношений современности, оказывающая непосредственное влияние на условия обеспечения суверенитета. Одним из наиболее ярких проявлений влияния технологического уровня развития на степень обеспечения суверенитета является ядерное оружие, обладание которым дает правительству страны возможность проводить внутривнутриполитический и внешнеполитический курс, не опасаясь применения со стороны иных субъектов международного права военной силы. «Ядерный суверенитет» связан с феноменом «ядерного зонтика», который предполагает проецирование «ядерной силы» ядерного государства на

* Шарифов Мехти Шаматович. Кандидат философских наук НОУ ВПО «Российская Академия адвокатуры и нотариата» стажер-докторант sharifov_mekhti@yahoo.com +7965 261 06 16
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

неядерные страны посредством заключения договоров о сотрудничестве в области обороны и безопасности.

«Системообразующая» функция большинства таких государств проявляется в форме координации деятельности государств в рамках обособленного «большого пространства». Постсоветское пространство является «большим пространством».

Проблема технологического разрыва усугубляется фактической монополизацией со стороны США права на ведение военных действий в обход норм международного права, а также нормативного закрепления права на «превентивный удар». Поэтому одним из дискуссионных аспектов обеспечения государственного суверенитета является нормативное закрепление «права на превентивный удар». Формально, право на превентивный удар закрепляется как инструмент обеспечения негативного суверенитета. Однако, с другой стороны, сама идея превентивного удара входит в конфликт с международно-правовыми принципами.

Ключевые слова: *государственный суверенитет, принцип суверенного равенства, принцип территориальной целостности, принцип неприкосновенности государственных границ, Вестфальская система, держава, воздушное пространство, космическое пространство, арктический сектор, ядерный суверенитет, системообразующее государство, большое пространство, превентивный удар.*

STATE SOVEREIGNTY OF THE COOPERATION OF STATES WITH FOREIGN STATES

MEKHTI SHARIFOV*

Abstract. *The interaction of states is based on the principles enshrined in international law. These principles include the principle of sovereign equality, territorial integrity, inviolability of frontiers, etc. Formally, the Westphalian international system recognizes the equality of sovereignty of all nations, but in fact the degree of sovereignty in the international arena can be different (for example, the phenomenon of “nuclear sovereignty”).*

The problem of the digital divide—this is one of the essential contradictions of modern international relations, has a direct impact on the conditions of the sovereignty. One of the most striking manifestations of the impact of technological development level to ensure a degree of sovereignty is a nuclear weapon, possession of which gives the country's government to conduct domestic and foreign policy course, without fear of the application by the other subjects of international law of armed force. “The nuclear sovereignty” is associated with the phenomenon of “nuclear umbrella”, which involves the projection of the “nuclear power” nuclear state in the non-nuclear countries through the conclusion of agreements on cooperation in the field of defense and security.

“Systemically important” feature of most of these states is manifested in the form of coordination within the framework of the separate “large space”. Post-Soviet space is “more space”.

* Sharifov Mekhti Shamatovich LEU VPO "Russian Academy of lawyers and notaries" 105120, Moscow, Small Poluyaroslavsky lane., 3/5 trainee the of doctoral, PhD sharifov_mekhti@yahoo.com

The problem is exacerbated by the technological gap actual monopolization of the US law on the conduct of hostilities in circumvention of the rules of international law as well as normative securing the right to “pre-emptive strike”. Therefore, one of the controversial aspects of the sovereignty of regulatory consolidation is the “right to pre-emptive strike”. Formally, the right to pre-emptive strike is fixed as a tool for negative sovereignty. However, on the other hand, the idea of pre-emptive strike comes into the conflict with international legal principles.

Keywords: *state sovereignty, principle of sovereign equality, principle of territorial integrity, principle the inviolability of frontiers, the Westphalian system, empire, air, cosmic space, arctic sector, nuclear sovereignty, system of generators, a large space, a preventive strike.*

Взаимодействие государств осуществляется на основе принципов, зафиксированных в международном праве. К числу таких принципов относится принцип суверенного равенства, территориальной целостности, неприкосновенности государственных границ и т.д.

Равенство суверенов наиболее ярко выражается в формуле «*Par super parem potestatem non habet*» («Равный над равным власти не имеет»). Принцип суверенного равенства государств закрепляет формальное юридическое равенство государств в международных отношениях, наделяет государства равными правами и обязанностями. Равенство прав и обязанностей предполагает равенство допуска ко всем

видам международного сотрудничества и на равных с иными государствами основаниях, а также равную защиту посредством международно-правовых механизмов и процедур.

Из содержания принципа суверенного равенства выводится норма о недопущении ущемления государством суверенных прав иного государства, что закреплено в пункте 2 Декларации о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и суверенитета, принятой 21 декабря 1965 года Резолюцией 2131 (XX) на 20-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН¹.

Из формального юридического равенства государств выводится тезис независимости при осуществлении государствами внешней функции. Основываясь на свой суверенитет государства свободно, без давления извне вступают в дипломатические или консульские отношения, поручают выполнение своих функций международным организациям или третьим государствам, самостоятельно решают проблему признания новых государств и правительств, участвуют в деятельности международных организаций.

Формально Вестфальская международная система признает равенство суверенитетов всех государств, однако фактически степень суверенности на международной арене может быть различной (например, феномен «ядерного суверенитета»).

Следует отметить, что содержание принципа суверенного равенства государств исторически непостоянно. После принятия в 1356

¹ Декларация о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и суверенитета (Принята 21.12.1965 Резолюцией 2131 (XX) на 20-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН)

году императором Священной Римской империи Карлом IV «Золотой буллы» (*Bulla Aurea*) в Германии и Чехии складывается ситуация, когда содержание суверенитета отдельных княжеств было различным. «Золотая булла» признавала суверенитет князей в их владениях, наделяя их различными полномочиями. «Золотая булла» действовала до 1806 года. Политико-правовая доктрина, среагировав на это обстоятельство, на основе тезиса о делимости суверенитета выделила совершенный (абсолютный) и неполный суверенитет (полусуверенитет). Абсолютный суверенитет признавался атрибутом тех монархов, которые пользовались безоговорочной независимостью внутри и вне своих государств. Полусуверенитет, признавался за теми монархами, которые по различным вопросам внутренней и внешней деятельности государства более или менее зависели от других монархов.

На Венском конгрессе 1814-1815 годов использовался термин «великая держава». На Венском конгрессе статус «великой державы» получили Великобритания, Франция, Пруссия, Россия, Испания, Австро-Венгрия. Этот статус позволял вмешиваться во внутренние дела иных европейских стран (в частности, под предлогом недопущения революционных выступлений).

В современной системе международных отношений возможности стран — постоянных членов Совета Безопасности ООН, а также стран, имеющих ядерное оружие, отличаются от возможностей иных государств. Государственный суверенитет постоянных членов ООН и стран с ядерным оружием имеет более широкое содержание, чем государственный суверенитет иных стран. По итогам Второй мировой

войны великими державами де-факто являются США, СССР (Россия), Великобритания, Франция и Китай. Эти страны также являются членами ядерного клуба.

В контексте различных фактических возможностей обеспечения суверенитета у государств особый интерес представляет теория неореализма, формирование которой связывают с работой К. Уолтца «Теория международной политики»². Способность противостоять внешнему влиянию и оказывать влияние вовне является для неореалистов существенным условием суверенности, достижение которого возможно при наличии силы (*power, capability*). Сила является средством обеспечения автономии и безопасности³. Обеспечение суверенитета и безопасности является основной функцией государства, тогда как обеспечение иных функций вторично⁴. Неореалисты разделяют государства на две группы: державы и иные страны. При этом неореалисты считают, что суверенность держав и иных государств различна. Во-первых, державы обладают военно-технической мощью и военно-политическими возможностями для обеспечения национальной безопасности, в том числе путем «принудительного преодоления» суверенитета иных государств (в частности, ядерное оружие и средства его доставки, боеспособные военно-морские и военно-воздушные силы, ведущие позиции в военно-политических блоках и союзах, развитые союзнические отношения с иными государствами). «Силовое преодоление» суверенитета державы де-факто нереализуемо без

² Waltz K. Theory of international politics. Reading: Addison — Wesley, 1979.

³ Waltz K. Man, the state and war. New York: Columbia University Press, 1959. P. 205.

⁴ Waltz K. Theory of international politics. Readings: Addison — Wesley, 1979. P. 96.

участия иной державы, в том числе и в составе коалиции государств. Во-вторых, формирование суверенной воли в державах зависит от акторов политической системы и гражданского общества этого государства, тогда как влияние внешних, в том числе транснациональных, акторов носит факультативный характер. К Уолтц отмечал, что державы способны проводить имперскую политику, будь то Рим, Франция Бурбонов, Британия и США в XX веке⁵. Великие державы сохраняют решающее влияние на международную политику⁶.

Принцип территориальной целостности государств начал формироваться параллельно со становлением Вестфальской системы. Принцип территориальной целостности государств закреплен в Уставе ООН. Наименование принципа окончательно не установилось. В международных и национальных правовых актах можно встретить упоминание, как территориальной целостности, так и территориальной неприкосновенности.

Принцип территориальной целостности государств, констатирует право государства на целостность и неприкосновенность его территории, является важнейшим средством обеспечения суверенитета государства. Устав ООН (пункт 4 статьи 2) запрещает применение силы против территориальной целостности государств в виде вторжения, аннексии, оккупации, любых попыток расчленения государственной территории, если это не связано с применением международных санкций. Согласно Декларации о недопустимости вмешательства во внутренние дела государств, об ограждении их независимости и

⁵ Waltz K. Theory of international politics. Readings: Addison — Wesley, 1979. P. 20-27.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

суверенитета (принята 21 декабря 1965 года Резолюцией 2131 (XX) на 20-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН) суверенитет объясняется как соблюдение территориальной неприкосновенности государства.

Принцип территориальной целостности нашел свое закрепление и в Декларации о соблюдении суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности границ государств — участников Содружества Независимых Государств, принятой в городе Москва 15 апреля 1994 года⁷.

Несмотря на наличие политических и экономических связей между Россией и некоторыми ее соседями, периодически высказываются претензии (официальными государственными структурами и/или институтами гражданского общества) к Российской Федерации. Отдельные силы в Германии и Польши периодически озвучивают претензии на Калининградскую область, в Финляндии — на Восточную Карелию, в республиках Прибалтики — на Псковскую область, в арктических странах — на российский Арктический сектор, в Японии — на Южные Курилы и юг Сахалина, в Китае — на приграничные территории и т.д. Территориальный вопрос остро проявляется в российско-украинских и российско-казахстанских отношениях.

В последнее время территориальные претензии обострились между многими странами. В теории конституционного и международного права остро обозначилась проблема пересмотра

⁶ Waltz K. Theory of international politics. Readings: Addison — Wesley, 1979. P.93.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

«территориальных» параметров распространения государственного суверенитета. На отношение между странами существенно влияет и нарастающий технологический разрыв, предоставляющий группе стран военно-техническое преимущество при обеспечении суверенитета. Отдельными странами принимаются акты, оправдывающие ведение сетецентричных войн, нанесение превентивных ударов и использование военного присутствия для обеспечения государственного суверенитета.

Территориальность является одним из (если не основным) основополагающих руководящих факторов реализации государственной власти⁸. Д. Ньюман отмечает, что «не может существовать никакой формы политической власти или социального контроля, полностью не связанной с той или иной формой территориального деления»⁹. Н.В. Остроухов справедливо подчеркивает, что «сохранение территориальной целостности государств — это важнейшее право, присущее суверенитету государства, которое означает осуществление всех суверенных прав в их полноте и исключительным образом в пространстве, определенном его государственными границами, в пределах сухопутной, водной,

⁷ Декларация о соблюдении суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности границ государств-участников Содружества Независимых Государств // Дипломатический вестник, № 9-10, 1994.

⁸ Territoriality and Conflict in an Era of Globalization // Ed. by Miles Kahler and Barbara F. Walter. New York: Cambridge University Press, 2006. P. 25.

⁹ Territoriality and Conflict in an Era of Globalization // Ed. by Miles Kahler and Barbara F. Walter. New York: Cambridge University Press, 2006. P. 87.

воздушной территорией государства, его недр»¹⁰. Верховенство власти суверена предполагает территорию распространения власти. С.Н. Бабурин под территорией государства предлагает понимать «пространство самоопределения народа, в пределах которого государство осуществляет свой суверенитет и свою юрисдикцию»¹¹. Территориальное верховенство предполагает функционирование государственной власти на определенном территориальном участке. Д.А. Керимов справедливо отмечает, что у каждого закона есть объективная реальность действия в пространстве¹². И в рамках этого пространства имеет место быть подчинение всех субъектов государству и его законам¹³.

Территория выступает как пространственный ограничитель государственной власти. Л. Шалланд утверждает, что «понятие территориального верховенства совпадает с понятием государственной власти»¹⁴. Территориальное верховенство «есть сама государственная власть, рассматриваемая лишь под известным углом зрения, в отношении компетенции *ratione loci*»¹⁵. Территориальное верховенство предполагает исключение деятельности «публичной власти другого

¹⁰ Остроухов Н.В. Территориальная целостность государств в современном международном праве и ее обеспечение в Российской Федерации и на постсоветском пространстве. Автореф. дисс. док. юр. наук. М., 2010. С. 21.

¹¹ Бабурин С.Н. Территория государства: Теоретико-правовые проблемы . Автореф. дисс. док.юр. наук. М.,1998. С. 16

¹² Керимов Д.А. Конституция СССР и развитие политико-правовой теории. М.: Мысль, 1979. С. 102.

¹³ Бабурин С.Н. Территория государства: правовые и геополитические проблемы. М.: Изд-во Московского университета, 1997. С. 16.

¹⁴ Шаланд Л. Юридическая природа территориального верховенства. 1903. С. 118.

¹⁵ Шаланд Л. Юридическая природа территориального верховенства. 1903. С. 186.

государства»¹⁶. Можно выделить два элемента территориального верховенства:

— *imperium*, как «осуществление государством суверенной власти над всеми лицами и организациями в пределах своей территории»;

— *dominium*, как «верховное публично-правовое владение этой территорией».

Территориальность суверенитета не совпадает с юрисдикцией государства, хотя большинство исследователей придерживаются мнения о территориальном совпадении действия суверенитета и юрисдикции. В этом отношении примечателен пример города Байконура. В соответствии с Соглашением между Российской Федерацией и Республикой Казахстан о статусе города Байконур, порядке формирования и статусе его органов исполнительной власти от 23 декабря 1995 года, на период аренды комплекса «Байконур» город Байконур в отношениях с Российской Федерацией наделяется статусом, соответствующим городу федерального значения Российской Федерации, с особым режимом безопасного функционирования объектов, предприятий и организаций, а также проживания граждан.

Байконур, по своему статусу являясь городом федерального значения Российской Федерации, входит в экономическое пространство Российской Федерации и находится под ее юрисдикцией. Вместе с тем, в соответствии со статьей 1 Соглашения между Российской Федерацией и Республикой Казахстан о статусе города Байконур, город Байконур является административно-территориальной единицей Республики

¹⁶ Клименко Б.М., Порк А.А. Территория и граница СССР. М.: Изд-во «Международные отношения», Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Казахстан, то есть является частью суверенной территории Казахстана. Рассматривая налоговый спор, российский суд отказался от привлечения к ответственности субъекта предпринимательской деятельности в связи с тем, что федеральный статус Байконура и формирование там органов государственной власти не предполагает распространение на город суверенитета Российской Федерации (Постановление ФАС Центрального округа от 2 июля 2009 года по делу № А08-5213/2008-16).

Принцип неприкосновенности государственных границ предполагает обязанность государств и иных субъектов международного права соблюдать существующую линию границы на местности: не допускать произвольного перемещения линии границы на местности и ее пересечения без соответствующего разрешения или вне установленных правил. В соответствии со статьей 1 Закона Российской Федерации от 1 апреля 1993 года № 4730-1 «О Государственной границе Российской Федерации», государственная граница Российской Федерации — это линия и проходящая по этой линии вертикальная поверхность, определяющие пределы государственной территории (суши, вод, недр и воздушного пространства) Российской Федерации, то есть пространственный предел действия государственного суверенитета Российской Федерации¹⁷.

1985. С. 20.

¹⁷ Закон РФ от 1 апреля 1993 года № 4730-1 «О Государственной границе Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ, 29.04.1993, № 17. ст. 594.

Содержание принципа нерушимости границ сводится к признанию существующих границ в качестве установленных в соответствии с международным правом, отказу от каких-либо территориальных притязаний, а также от любых иных посягательств на эти границы. Действие принципа нерушимости границ имеет географические ограничения: согласно Заключительному акту Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 года, этот принцип действует только в отношении государств-участников этого акта, то есть европейских государств, а также США и Канады.

На содержание принципов суверенного равенства, территориальной целостности и неприкосновенности государственных границ существенное влияние оказывает научно-технический прогресс, в том числе появление новых видов вооружения и вооруженной техники.

Современные технологии, средства связи и коммуникации, новые виды вооружения и специальных средств размывают понятие «государственной границы». Особенно остро стоит вопрос национального «воздушного пространства». Общепризнанным принципом публичного международного права является признание суверенитета над воздушным пространством над собственной территорией. Первоначально, этот принцип был предусмотрен Первой международной конвенцией по воздухоплаванию от 13 октября 1919 года. Статья 1 конвенции закрепляла суверенитет договорившейся стороны над воздушным пространством над ее территорией.

Положение о «надземном» суверенитете было предусмотрено также в Испано-американской конвенции о воздухоплавании (от Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

1 ноября 1926 года), Гаванской конференцией о торговом воздухоплавании (18 февраля 1928 года), а Чикагской конвенции о международной гражданской авиации, которая вступила в силу в апреле 1947 года. Статья 1 Чикагской конвенции устанавливает: «государство имеет полный и исключительный суверенитет на воздушное пространство над своей территорией».

Действующее национальное законодательство большинства стран не устанавливает четких критериев определения высоты, на которую распространяется надземный суверенитет. Пункт 2 статьи 1 Воздушного кодекса Российской Федерации, «Под воздушным пространством Российской Федерации понимается воздушное пространство над территорией Российской Федерации, в том числе воздушное пространство над внутренними водами и территориальным морем»¹⁸. Из приведенной нормы нельзя сделать какого-либо определенного вывода, где именно проходит высотная граница суверенитета Российской Федерации.

Согласно международному космическому праву, объекты на высоте выше 100 километров от уровня моря находятся вне пределов суверенитета отдельных стран. В 2013 году Комитет по использованию космического пространства в мирных целях подтвердил, что пределом национального воздушного пространства, согласно международному праву, является высота 100 км над поверхностью, т.е. граница между

¹⁸ ВК РФ // СЗ РФ. 24.03.1997, № 12. ст. 1383.

атмосферой Земли и космическим пространством, а также подчеркнул недопустимость присвоения космического пространства¹⁹.

Пространство, находящееся выше этой границы, относится к территориям с международным режимом. Технологическое развитие поставило вопрос о пересмотре высотного потолка распространения «надземного» суверенитета государств. В теории неоднократно отмечалось необходимость пересмотра данного потолка, в зависимости от достижений астронавтики²⁰. «В своей практике государства придерживаются нормы, согласно которой космические объекты в свободном полете на орбите с наиболее низкими перигеями, которые на данный момент технически возможны, находятся в сфере действия границы свободы исследования и использования космического пространства, т.е. в открытом космосе, — пишет С.П. Малков, — В соответствии с этой практикой суверенитет государств не распространяется выше пределов, очерченных минимальными перигеями спутников на орбите»²¹. Поэтому де-факто высотная граница государственной территории и установлена в соответствии с обычными нормами международного права на высоте 100-110 км.

Вопрос о суверенитете на воздушное пространство не может быть решен простым указанием каких-то постоянных высотных критериев, потому что это приведет к фактическому нарушению суверенитета государства, безопасность которого может быть поставлена под угрозу

¹⁹ Вопросы, касающиеся определений и делимитации космического пространства: ответы государств-членов.// www.unoosa.org/pdf/reports/ac105/AC105_889Add13R.pdf

²⁰ Сосса А. Denomination de les normas juridicas del espacio («Rev. Clencia Aeronautica»), Caracas, 1957, № 28.

²¹ Малков С.П. Международное космическое право. СПб: СПбГУАП., 2002. С. 26.

действиями другого государства, добившегося новых успехов в развитии своей науки и техники.

Дискуссия о суверенитете ужесточается и при определении правового режима космического пространства. В соответствии со статьей 2 Договора по космосу, космическое пространство (включая Луну и другие небесные тела), не подлежит национальному присвоению ни путем провозглашения на них суверенитета, ни путем использования или оккупации, ни любыми другими средствами. Междунациональная космическая правосубъектность государства не зависит от какого-либо акта или волеизъявления других участников международных отношений, она не ограничена в объеме²².

Несмотря на наличие международных ограничений, США во внутригосударственных документах раскрывают свои намерения в будущем занять монопольную позицию в использовании космического пространства в военной сфере. Американская директива «Национальная политика в области космоса» отражает намерения военно-политического руководства США определить космическое пространство как пространство, подпадающее под американский суверенитет. Американская «Национальная политика в области космоса» противоречит основным нормам и принципам международного права. В соответствии с этой директивой Вашингтон намеривается «лишать доступа в космос любую страну, враждебную интересам США». Директива отвергает возможность заключения новых договоров по контролю над вооружениями, которые могут ограничить деятельность

²² Малков С.П. Международное космическое право. СПб: СПбГУАП., 2002. С. 17.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Соединенных Штатов в космосе: «Соглашения или ограничения по контролю над вооружениями не должны нарушать право США осуществлять исследования, разработку, испытания, деятельность, а также иные действия в космосе в целях национальных интересов». В Директиве отмечается, что «США сохраняют за собой право, возможность и свободу действий в космосе. Свобода действий в космосе также важна для США, как мощь в воздухе и мощь на море. Для защиты национальных интересов США будут предпринимать действия, необходимые для защиты своего космического потенциала, отвечать на вмешательство, а также в случае необходимости лишать противников возможности использовать их космический потенциал, враждебный для национальных интересов США»²³.

Если обострение противоречий при решении вопроса о суверенитете в воздушном пространстве обуславливается проблемой обеспечения национальной безопасности, то проблема суверенитета над водными акваториями актуальна в связи с обострением международной конкуренции за биологические морские ресурсы, а также в связи с развитием технологий добычи природных ископаемых с шельфа.

Государства все чаще закрепляют свое право на их разработку ресурсов в исключительной экономической зоне, устанавливая в национальном законодательстве соответствующие нормы. Постановлением Правительства Российской Федерации от 26 ноября 2008 года № 886 «Об определении районов континентального шельфа

²³ Мельник П., Осипов В. К глобальному доминированию через гонку вооружений в космосе // Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Российской Федерации и исключительной экономической зоны Российской Федерации, в которых допускается осуществление прибрежного рыболовства» рыболовство допускается только в определенных Правительством Российской Федерации районах континентального шельфа и исключительной экономической зоны²⁴.

Согласно Женевской конвенции о территориальном море и прилегающей зоне от 1958 года суверенитет прибрежного государства распространяется на недра дна территориального моря. В отношении недр континентального шельфа, «т.е. недр за пределами государственной сухопутной территории и территориального моря, прибрежные государства обладают исключительными суверенными правами на разведку и разработку их ресурсов, а недра морей и океанов за пределами действия национальной юрисдикции, а также их ресурсы объявлены общим наследием человечества, разведка и разработка которых осуществляются на благо всего человечества, независимо от географического положения государств»²⁵.

Своеобразно высвечивается проблема суверенной территории в свете определения правового статуса сектора арктического государства. Под сектором арктического государства признается территория, находящаяся под юрисдикцией того или иного арктического государства: «соответствующее арктическое государство осуществляет в ... секторе определенную целевую юрисдикцию (прежде всего для

Национальная оборона. 2007, № 8 (17). С. 4.

²⁴ Постановление Правительства Российской Федерации от 26 ноября 2008 года № 886 «Об определении районов континентального шельфа Российской Федерации и исключительной экономической зоны Российской Федерации, в которых допускается осуществление прибрежного рыболовства» // <http://www.garant.ru/hotlaw/doc/125814.htm>

защиты хрупкой арктической окружающей среды, сохранения биоразнообразия, экосистемного равновесия и т.д.); за пределами территориального моря арктического государства ледяные и водные пространства такого сектора государственную территорию не составляют»²⁶. Пределы полярных секторов арктических государств не являются государственными границами. При этом большинство арктических стран исторически не устанавливали в своем законодательстве нормы о признании национальных секторов²⁷. Международно-правовой документ, закрепляющий суверенитет над соответствующим арктическим сектором, не принят.

Первым документом, определяющим статус земель, расположенных в российской арктической зоне, явилась нота МИД Российской империи от 20 сентября 1916 года, в которой содержалось положение о включении в состав территории государства всех земель, составляющих продолжение на север территории Империи. В соответствии с решением Государственной комиссии при Совете Министров СССР по делам Арктики от 22 апреля 1989 года к арктической зоне полностью или частично входят территории, указанные в Постановлении Президиума Центрального Исполнительного Комитета СССР от 15 апреля 1926 года «Об объявлении территорией СССР земель и островов, расположенных в Северном Ледовитом океане», а также прилегающие к северному побережью Российской Федерации внутренние морские воды,

²⁵ Кокин В. Являются ли недра государственной территорией? // Право и экономика. № 7, 2008. С. 109.

²⁶ Вылегжанин А.Н., Гуреев С.А., Иванов Г.Г. Международное морское право. М., 2003. С. 212-213.

территориальное море, исключительная экономическая зона и континентальный шельф, в пределах которых Россия обладает суверенными правами и юрисдикцией в соответствии с Конвенцией ООН по морскому праву 1982 года.

Постановлением ЦИК СССР от 15 апреля 1926 года «Об объявлении территорией Союза ССР земель и островов, расположенных в Северном Ледовитом океане» устанавливался суверенитет только на земли и острова как открытые, так и могущие быть открытыми в будущем, расположенные в Северном Ледовитом океане. Однако на морские и воздушные пространства Арктики положения данного Постановления не распространялись.

Необходимо провести «рецепцию» положений Постановления ЦИК СССР 1926 года, а также внести в законодательство Российской Федерации нормы, закрепляющие суверенитет над морским и воздушным пространством российского арктического сектора. Рецепция может основываться на тезисы, сформулированные в решение от 14 марта 2013 года Международным трибуналом по морскому праву по делу о делимитации континентального шельфа и исключительных экономических зон между Республикой Бангладеш и Республикой Союза Мьянмы, когда впервые было проведено разграничение континентального шельфа за пределами 200-мильных зон от исходных линий соответствующих государств. Трибунал признал право Бангладеш на суверенитет над 320-километровой исключительной экономической зоной в Бенгальском заливе. Кроме

²⁷ Губанов А.И. Правовые вопросы делимитации континентального шельфа в Арктике. Автореф. дисс. Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

того, Бангладеш получила право на значительную часть богатой ресурсами внешней части континентального шельфа.

Позиция, в соответствии с которой суверенитет Российской Федерации не распространяется на арктический сектор, не соответствует национальным интересам страны. Поэтому спорными являются следующие выводы Д.Н. Джунусовой: «в связи с тем, что любая деятельность на арктическом шельфе и за его пределами неизбежно грозит загрязнением прибрежному государству, такое государство имеет право на вмешательство и регулирование такой деятельности. Иначе говоря, без согласия России никакие другие государства не имеют права заниматься разведкой и разработкой природных ресурсов шельфа и связанной с этим деятельностью в арктическом секторе Российской Федерации»²⁸. В соответствии с логикой Д.Н. Джунусовой иные арктические страны должны получить право на вмешательство в деятельность Российской Федерации в национальном арктическом секторе.

Международное экологическое право активно используется для ущемления суверенитета Российской Федерации. Необходимо обратить внимание на положения Соглашения о сотрудничестве в сфере готовности и реагирования на загрязнение моря нефтью в Арктике от 15 мая 2013 года. В Соглашении о сотрудничестве в сфере готовности и реагирования на загрязнение моря нефтью в Арктике права Российской

канд. юр. наук. М., 2013. С. 21-22.

²⁸ Джунусова Д.Н. Международно-правовые особенности использования континентального шельфа Арктики. Автореф. дисс. кан. юр. наук. СПб, 2007. С. 17.

Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Федерации ущемлены и ограничены²⁹, путем определения российского района как «морские районы к северу от береговой линии Белого моря, Баренцева моря, Карского моря, моря Лаптевых, Восточно-Сибирского моря и Чукотского моря и в устьях рек, впадающих в эти моря, — от исходных линий для измерения ширины территориального моря». Дело в том, что статья 1 Соглашения морской район связывает с суверенитетом и юрисдикцией государства, включая в него внутренние воды, территориальное море, исключительную экономическую зону и континентальный шельф.

В Арктике существует прецедент по одностороннему «расширению» суверенитета на арктические территории без учета мнения иных государств. Архипелаг Шпицберген, находящийся под суверенитетом Норвегии в соответствии с условиями Парижского договора о Шпицбергене от 9 февраля 1920 года, имеет особый международно-правовой статус, согласно которому государства, подписавшие или присоединившиеся к Договору, получают равное право на хозяйственную деятельность (статья 1)³⁰.

До заключения Парижского договора о Шпицбергене 1920 года правовой статус архипелага можно было охарактеризовать как *terra nullius*, то есть статус территории, которая не находится под суверенитетом какого-либо государства. В настоящее время участниками Парижского договора о Шпицбергене 1920 года являются

²⁹ Филиппенкова М.О. Международно-правовые основы регионального и двустороннего сотрудничества государств в области охраны окружающей среды в Северном Ледовитом океане. Автореф. дисс. канд. юр. наук. М., 2013. С. 13.

40 государств, в том числе Россия. Суверенитет Норвегии над Шпицбергенем ограничен и обусловлен признанием прав других государств³¹.

Норвегия нарушила условия Парижского договора о Шпицбергене 1920 года. В соответствии с действующим норвежским законодательством, любую деятельность на Шпицбергене необходимо согласовывать с норвежскими властями. В 1977 году Норвегия в одностороннем порядке установила рыбоохранную зону вокруг Шпицбергена. Кроме того, Норвегия установило над архипелагом статус 200-мильной зоны. Норвежская сторона считает, что Парижский договор о Шпицбергене 1920 года не ограничивает право страны на установление рыбоохранной или же исключительной экономической зоны, так как эти понятия были введены в международное морское право гораздо позже. Позиция Норвегии была поддержана со стороны Финляндии и Канады.

Российская Федерация может по аналогии использовать положения об эффективной оккупации: «Одним из распространенных доктринальных обоснований прав на пространства Арктики является концепция эффективной оккупации. С точки зрения теории международного права, эффективная оккупация является одним из оснований прав на территорию, своего рода предпосылкой формирования статуса такой территории, распространения на нее

³⁰ Парижский договор о Шпицбергене от 9 февраля 1920 года // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. IX. М., 1938. С. 53-61.

³¹ Тарасов А.Г. Правовые и политические аспекты разграничения морской территории в западной Арктике. Автореф. дисс. кан. юр. наук. М., 2007. С. 20.

государственного суверенитета или юрисдикции» — отмечает И.Ф. Буник³². Эффективная оккупация, вне зависимости от того, каким образом она устанавливается, предполагает временное или постоянное расширение государственного суверенитета соответствующей страны или группы стран и отправляемой ими юрисдикции на подконтрольные им территории.

Проблема технологического разрыва — это одна из существенных противоречий международных отношений современности, оказывающая непосредственное влияние на условия обеспечения негативного суверенитета. Одним из наиболее ярких проявлений влияния технологического уровня развития на степень обеспечения суверенитета является ядерное оружие, обладание которым дает правительству страны возможность проводить внутривнутриполитический и внешнеполитический курс, не опасаясь применения со стороны иных субъектов международного права военной силы. Ядерное оружие позволяет более последовательно отстаивать национальные интересы.

В специальной литературе часто используется термин «ядерный суверенитет», под которым понимают возникающий у государства благодаря созданию ядерного оружия и средств его доставки иммунитет против открытой агрессии и захвату со стороны других государств. На совещании от 26 июля 2012 года, посвященной реализации Государственной программы вооружения, президент РФ В.В. Путин подчеркнул, что ядерное оружие «остается важнейшей гарантией суверенитета и территориальной целостности России, играет ключевую

³² Буник И.Ф. международно-правовые основания регулирования Россией судоходства по северному
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

роль в поддержании глобального и регионального равновесия, стабильности»³³.

Термин «ядерный суверенитет» необходимо употреблять лишь в отношении негативного суверенитета. Отсутствие ядерного оружия не предполагает наличие дефектов в суверенной воле. Наличие ядерного оружия является существенным фактором в обеспечении национальных интересов за пределами суверенной территории в условиях глобализации (доступ к рынкам неядерных государств, доступ к природным ресурсам неядерных государства и т.д.), в том числе и вопреки принципам международного права. В качестве примера можно привести силовые действия США и Великобритании в Ираке, не санкционированные Советом Безопасности ООН. М.В. Шиленко справедливо подмечает, что «санкция на применение силы против Ирака, выданная Советом Безопасности в 1990 году резолюцией 678 (1990), прекратила действие в связи с достижением своей цели — освобождением Кувейта и установлением прекращения огня; резолюция 687 (1991), связавшая Ирак новыми обязательствами, четко устанавливает прерогативы Совета Безопасности в области контроля за их соблюдением, установлением фактов существенного нарушения и принятия соответствующих мер»³⁴.

«Ядерный суверенитет» связан с феноменом «ядерного зонтика», который предполагает проецирование «ядерной силы» ядерного

морскому пути. Автореф. дисс. кан. юр. наук. М., 2007. С. 12.

³³ Совещание по выполнению госпрограммы вооружения в области ядерного сдерживания // <http://kremlin.ru/news/16058#sel=4:35,4:57> .

³⁴ Шиленко М.В. Международно-правовые аспекты применения силы против Ирака войсками международной коалиции. Автореф. дисс. кан. юр. наук. М., 2007. С. 11-12.

государства на неядерные страны посредством заключения договоров о сотрудничестве в области обороны и безопасности. Например, «ядерный зонтик» США в периоды холодной войны был задействован в обеспечении безопасности дружественных стран (Испания, Япония и т.д.). Защита союзников в рамках военно-политических договоров за счет постоянного военного присутствия за рубежом представляются в США как жизненно важные (*vital*) интересы, направленные на поддержание лидерства США³⁵.

Пассивное использование наличия ядерного оружия при реализации суверенитета нашло отражение в доктрине ядерного сдерживания, положения которой отражены в оборонных документах США, РФ, Великобритании, Франции, Израиля, Индии, Пакистана.

В рамках Международного режима нераспространения ядерного оружия (МРНЯО) сформированы механизмы по предотвращению появления новых государств с «ядерным суверенитетом» (пресечение «горизонтального распространения ядерного оружия»). Согласно исследованиям Стокгольмского института исследования проблем мира (СИПРИ), несмотря на все инициативы по сокращению ядерных арсеналов, Россия, США, Китай, Великобритания и Франция усиливают свою ядерную мощь (на фоне некоторого снижения количества ядерных боеголовок)³⁶.

Неизученной на данный момент является соотношение «ядерного суверенитета» и феномена «системообразующего» государства,

³⁵ Коньшев В.Н. Американский неореализм о природе войны: эволюция политической теории. СПб.: Наука, 2004. С. 586.

предполагающего, что отдельные государства становятся центрами притяжения для группы государств: НАТО — США; Британское содружество — Великобритания; Франкофония — Франция; Европейский Союз — Франция (наряду с Германией); СНГ, ОКДБ и Евразийский союз — Россия, «Большой Китай» — Китай.

Следует отметить, что «системообразующая» функция большинства таких государств проявляется в форме координации деятельности государств в рамках обособленного «большого пространства». В этом контексте можно провести параллели между термином «большое пространство» и термином «полюс», который используется для характеристики современной геополитической ситуации сторонниками евразийства: «Принято считать, что элементами международной системы выступают суверенные государства. Но это не совсем так. Главным структурообразующим элементом международной системы (и поэтому основной единицей ее концептуального анализа) является особое образование, называемое полюсом. Полюс международной системы может состоять из одного государства или представлять альянс нескольких государств»³⁷.

С точки зрения функционирования «больших пространств» особая ситуация сложилась вокруг Китая. Феномен «Большого Китая» тесно связан как с имперским прошлым Поднебесной, с планами правящих кругов КНР по созданию державы с широко трактуемыми и достаточно размытыми «историческими» и географическими рубежами, с

³⁶ См.: SIPRI Yearbook 2012. Armaments, Disarmament and International Security. Stockholm -2012, International Peace Research Institute, 584 p.

сочетанием различных систем общественного устройства (социалистической и капиталистической). Географические границы «Большого Китая» строго не определены. К «Большому Китаю» относят:

— Сянган, Аомынь, Тайвань и континентальный Китай

— «Экономическое сообщество Большого Китая», добавляя к вышесказанным территориям и страны с доминирующим китайским капиталом (например, Сингапур);

— «Китайский Общий рынок Азии»;

— «Экономическая сфера Большого Китая» и т.д.³⁸

Намерения правящих кругов КНР по трансформации «Большого Китая» в государство-нацию отражены в концепте «одно государство — два строя», что предполагает создание государства с деволюцированными регионами.

Феномен «системообразующего» государства содержательно близко к американской доктрине Монро и к теории «большого пространства», изложенной К. Шмиттом в работе “*Volkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*”³⁹.

Доктрина Монро, провозглашенная в 1823 году, предполагает, что американский континент является зоной особых интересов США. Утверждается недопустимость иностранной (за исключением США)

³⁷ Евразийская доктрина Нурсултана Назарбаева / Сост.: А.Н. Нысанбаев, В.Ю. Дунаев /. — Алматы: 2010. С. 7.

³⁸ Harding H. The Concept of Greater China: Themes, Variations and Reservations // The China Quarterly. December 1993. №. 136. P. 665.

³⁹ Schmitt C. *Volkerrechtliche Grossraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte: ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*. Unveränderte Ausgabe der 4., erw. Aufl. Berlin, Leipzig, Dt.Rechtsverlag, 1941.

военной оккупации или же военного присутствия в странах Южной и Северной Америки. Доктрина Монро была направлена против вмешательства европейских стран в политические процессы в странах Южной и Северной Америки. В последующем содержание доктрины Монро было расширено. Доктрина Монро получила иное, глобальное наполнение, превратившись в стратегию планетарной гегемонии США.

Принципы доктрины Монро были заимствованы К. Шмиттом для концепта «больших пространств». По сути, Америка в концепции Монро представляет собой обособленное «большое пространство». Согласно учению К. Шмитта, связующим элементом «большого пространства» выступает совокупность политических идей и этических ценностей, разделяемых группой государств и народов. Перечисленные выше системообразующие государства и группы дружественных государств представляют собой «большие пространства».

Постсоветское пространство является «большим пространством». В «Стратегическом курсе Российской Федерации с государствами — участниками Содружества Независимых Государств» отмечается: «на территории СНГ сосредоточены наши главные жизненные интересы в области экономики, обороны, безопасности, защиты прав россиян, обеспечение которых составляет основу национальной безопасности страны»⁴⁰. Разработчики стратегического курса справедливо связали национальную безопасность с обеспечением данных интересов.

⁴⁰ Указ Президента РФ от 14.09.1995 № 940 «Об утверждении Стратегического курса Российской Федерации с государствами — участниками Содружества Независимых Государств» // СЗ РФ, 18.09.1995, № 38. ст. 3667.

Проблема технологического разрыва усугубляется фактической монополизацией со стороны США права на ведение военных действий в обход норм международного права, а также нормативного закрепления права на «превентивный удар».

Современные военно-технологические достижения и новые тактические методы ведения боевых действий в новом свете обрисовывают «дилемму безопасности», подразумевающую принятие решение о нанесении другому государству упреждающего удара на основании восприятия его намерений. Упреждение было известно еще античным грекам.

Сегодня одним из дискуссионных аспектов обеспечения государственного суверенитета является нормативное закрепление «права на превентивный удар». Формально, право на превентивный удар закрепляется как инструмент обеспечения негативного суверенитета. Однако, с другой стороны, сама идея превентивного удара входит в конфликт с международно-правовыми принципами. Особую актуальность приобрела задача выработки и согласования правил применения превентивного удара⁴¹.

Право на превентивный удар связано с правом страны на самооборону. Традиционно основанием самообороны является вооруженное нападение. Самооборона предполагает предшествующее вооруженное нападение со стороны другого государства. В правовой доктрине выработаны критерии, которые обосновывают применение силы в ходе реализации права на самооборону: «действительное

наличие какого-либо международно-противоправного деяния; предварительное представление со стороны потерпевшего государства требования о прекращении или возмещении, вслед за которым не последовали адекватные действия государства-нарушителя, а также соответствие контрмер принципу соразмерности»⁴².

В связи с террористическими актами 11 сентября 2001 года СБ ООН принял ряд резолюций (прежде всего резолюций 1368 и 1373 соответственно от 12 и 28 сентября 2001 года), которые дают расширительное толкование понятию «вооруженное нападение», приравняв террористические акты к вооруженному нападению регулярных войск иностранного государства. Расширительное толкование понятия «право на самооборону» усугубляет проблему обеспечения суверенитета посредством превентивного удара.

Теория превентивного удара разрабатывается уже долгое время, в частности как составная часть тактики ядерного сдерживания. В законодательстве США закреплено право нанесения превентивного (в том числе и ядерного) удара по территории другого суверенного государства. Элементы превентивного удара вкрапливались в правовую систему еще в 80-ые годы прошлого столетия. В качестве примера, можно привести директиву Совета национальной безопасности США № 138 от 3 апреля 1984 года по «Борьбе с международным

⁴¹ Карташкин В.А. Устав ООН и Организация Объединенных Наций в глобализирующемся мире // Юрист-международник — International Lawyer. 2004. № 1. С. 6.

⁴² Жданов Ю.Н. Принудительные меры в международном праве. Автореф. дисс. кан. юр. наук. М., 1999. С. 10.

терроризмом», определяющей порядок применения оружия на территории третьих стран⁴³.

Доктрина превентивного удара (превентивной войны) была официально озвучена Дж. Бушем в его речи перед выпускниками военной академии Вест-Пойнт 1 июня 2002 года, где он сформулировал свою политику следующим образом: «Война с терроризмом не может быть выиграна в обороне. Мы должны вступить в сражение с врагом, разрушить его планы и начать противоборство с худшими угрозами до того, как они проявятся».

Нормативное закрепление этой концепции произошло с выходом в свет «Стратегии национальной безопасности США», подписанной президентом 17 сентября 2002 года⁴⁴. Американское видение превентивного удара содержит четыре существенных положения:

— США не делает различий между террористическими организациями и странами, которые, по ее мнению, их поддерживают или укрывают;

— США присваивают себе право защищать свою безопасность посредством превентивных ударов;

— обоснованность применения превентивных мер определяется не только мобилизационными мерами иностранного государства, но даже отсутствием таковых;

— США не признают право на превентивный удар за другими государствами, даже за своими союзниками.

⁴³ Ляхов Е.Г., Попов А.В. Терроризм: национальный, региональный и международный контроль. Ростов-на-Дону: РЮИ МВД России, 1999. С. 138.

Будучи министром обороны Российской Федерации С.Б Иванов на встрече с представителями военно-дипломатического корпуса в декабре 2004 года отмечал, что: «Россия, уважая международное право и международные стандарты в области прав человека, допускает возможность нанесения превентивных ударов в любой точке, откуда может исходить угроза терроризма»⁴⁵. В некоторых исследованиях акцент делается не на праве на «превентивный удар», а на праве России на «превентивную самооборону». В качестве примера можно привести исследовательскую работу В.С. Котляр⁴⁶.

В действующем законодательстве Российской Федерации положения о «превентивном» ударе не нашли своего закрепления. В некоторых нормативных актах имеются те или иные нормы, которые позволяют Российской Федерации использовать вооруженные силы для превентивного удара. В этой связи следует упомянуть постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 7 июля 2006 года № 219-СФ «Об использовании формирований Вооруженных Сил Российской Федерации и подразделений специального назначения за пределами территории Российской Федерации в целях пресечения международной террористической деятельности». Постановление разрешает «Президенту Российской Федерации в соответствии с законодательными актами использовать формирования Вооруженных Сил Российской Федерации и

⁴⁴ Сатаров В.В. Операцию продолжит доктор Гейтс. Американская военная машина идет прежним курсом // Национальная оборона. 2007, № 2. С. 22.

⁴⁵ Иванов С.Б. Вооруженные Силы России: состояние, перспективы развития и способность противостоять современным угрозам и вызовам // <http://www.mil.ru/print/articles/article8649.shtml> Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

подразделения специального назначения за пределами территории Российской Федерации в целях пресечения международной террористической деятельности против Российской Федерации либо против граждан Российской Федерации или лиц без гражданства, постоянно проживающих на территории Российской Федерации»⁴⁷.

С целью совершенствования системы средств обеспечения суверенитета необходимо внести изменения в статьи 2, 4 и 19 Федерального закона от 31 мая 1996 года № 61-ФЗ «Об обороне», которые бы закрепили право на превентивный удар и определили механизм его реализации.

Помимо права на «превентивный удар» правовая и военная мысль в качестве инструмента обеспечения негативного суверенитета преподносит и военное присутствие.

Связь военного присутствия и проблемы защиты суверенитета можно увидеть на проблеме Арктики. Прилегающие страны рассматривают увеличение военного присутствия в регионе как значимый фактор обеспечения национальных интересов и суверенитета на фоне дрящихся переговоров о национальных секторах Арктики. Например, Дания реализует комплекс мер по увеличению своего военного присутствия в северной Гренландии, что видно из датской Программы военных ассигнований на 2010-2014 годы. Аналогичную позицию занимают Норвегия и Канада.

⁴⁶ Котляр В.С. Международное право и современные стратегические концепции США и НАТО. Автореф. дисс. док. юр. наук. М., 2007. С. 50.

⁴⁷ Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации от 7 июля 2006 года № 219-СФ «Об использовании формирований Вооруженных Сил Российской Федерации и Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Действующее законодательство Российской Федерации предусматривает следующие случаи присутствия воинских формирований за пределами территории России:

— размещение ограниченных контингентов Вооруженных Сил Российской Федерации и других войск в мирное время в целях обеспечения военной безопасности Российской Федерации;

— выполнение союзнических обязательств в целях коллективной безопасности и совместной обороны в мирное время и с началом войны (вооруженного конфликта);

— защита национальных интересов Российской Федерации в Мировом океане (осуществление военно-морского присутствия и демонстрация флага, защита судоходства, промысловой и других видов деятельности, участие в военно-политических акциях Российской Федерации и др.)⁴⁸;

— участие в операциях по поддержанию и восстановлению международного мира и безопасности;

— участие в международных принудительных действиях с использованием вооруженных сил;

— пресечение международной террористической деятельности за пределами территории Российской Федерации, участие в совместных контр террористических операциях;

— осуществление разведывательной деятельности;

подразделений специального назначения за пределами территории Российской Федерации в целях пресечения международной террористической деятельности» // СЗ РФ, 17.07.2006, № 29, ст. 3144.

⁴⁸ Морская доктрина Российской Федерации на период до 2020 года (утв. Президентом Российской Федерации 27 июля 2001 г.) // <http://www.president.kremlin.ru> .

- проведение совместных военных учений⁴⁹;
- совместная охрана государственных границ⁵⁰.

Части Вооруженных Сил Российской Федерации, размещенные на основании международных договоров на территориях иностранных государств, в зависимости от характера выполняемых задач можно классифицировать следующим образом:

- объекты системы противоракетной обороны⁵¹;
- воинские части, дислоцированные на территории иностранного государства (военные базы)⁵²;
- воинские части из состава сил и средств системы коллективной безопасности в рамках ОДКБ⁵³;
- пограничные органы Федеральной службы безопасности;
- иные военные объекты, расположенные на территории иностранного государства⁵⁴.

Вместе с тем российское законодательство, в отличие от американского, не рассматривает военное присутствие в качестве

⁴⁹ Соглашение между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой о статусе воинских формирований Российской Федерации, временно находящихся на территории Китайской Народной Республики, и воинских формирований Китайской Народной Республики, временно находящихся на территории Российской Федерации, для проведения совместных военных учений (Пекин — Москва, 6–8 августа 2005 года) // Бюллетень международных договоров, 2006. № 3.

⁵⁰ Договор о сотрудничестве в охране границ государств-участников Содружества Независимых Государств с государствами, не входящими в Содружество (Минск, 26 мая 1995 года) // Бюллетень международных договоров. 1997. № 12. С. 15.

⁵¹ Соглашение о средствах систем предупреждения о ракетном нападении и контроля космического пространства (Москва, 6 июля 1992 года) // Бюллетень международных договоров. 1993. № 8. С. 16.

⁵² Соглашение между Российской Федерацией и Украиной о статусе и условиях пребывания Черноморского флота Российской Федерации на территории Украины (Киев, 28 мая 1997 г.) // СЗ РФ. 1999. № 31. ст. 3991.

⁵³ Соглашение о статусе формирований сил и средств системы коллективной безопасности (Бишкек, 11 октября 2000 г.) // СЗ РФ. 2002. № 5. ст. 384.

⁵⁴ Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Казахстан об условиях использования и аренды испытательного полигона Сары-Шаган и обеспечения жизнедеятельности г. Приозерска (Москва, 20 января 1995 года) // СЗ РФ. 2004. № 33. ст. 3372.

механизма обеспечения суверенитета. В Военной доктрине Российской Федерации, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 5 февраля 2010 года № 146⁵⁵, не раскрывается роль военного присутствия в обеспечении суверенитета. Связь военного присутствия и защиты суверенитета отражено только в тексте Соглашения между Российской Федерацией и Республикой Южная Осетия об объединенной российской военной базе на территории Республики Южная Осетия. Пункт 1 статьи 4 Соглашения гласит: «Воинские формирования объединенной российской военной базы обеспечивают совместно с Вооруженными Силами Республики Южная Осетия во взаимодействии с другими войсками, воинскими формированиями и органами Югоосетинской Стороны, а также другими войсками, воинскими формированиями и органами Российской Стороны защиту суверенитета и безопасности Российской Федерации и Республики Южная Осетия»⁵⁶.

⁵⁵ Указ Президента РФ от 5 февраля 2010 г. № 146 «О Военной доктрине Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 7. ст. 724.

⁵⁶ Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Южная Осетия об объединенной российской военной базе на территории Республики Южная Осетия от 7 апреля 2010 года// <http://cominf.org/node/1166483583>

ЧАСТЬ II. КОЛОНКА ЗАРУБЕЖНОГО АВТОРА

UNIVERSAL CRIMINAL JURISDICTION FOR *JUS COGENS* CRIMES: A RIGHT OR AN OBLIGATION *ERGA OMNES*

KATERYNA GAIDEI*

Abstract. *On the ground of the nature of interrelationship between the international law categories—universal criminal jurisdiction, jus cogens crimes and obligations erga omnes, the issue on whether universal criminal jurisdiction applies to jus cogens crimes as a right or an obligation erga omnes of states is thoroughly studied in the article. The author scrutinises the notions of universal criminal jurisdiction, jus cogens crimes and obligations erga omnes, and offers a list of their common features. They are the following: 1) general applicability; 2) universality; and 3) protection of common fundamental interests of the international community. However, the uncertainty of the exact content of these international law categories vindicates the complexity of finding out the precise character of links between them. The author concludes with a proposition that these common features unite the studied three categories, what gives hope that universal criminal jurisdiction for commitment of jus cogens crimes will constitute an obligation erga omnes in the future.*

* PhD Student at the International Law and International Relations Department, National University “Odessa Law Academy”, E-mail: katerinagaidei@gmail.com

Keywords: *universal criminal jurisdiction, jus cogens crimes, obligations erga omnes.*

Introduction

So far, no generally adopted normative definition of the notion of universal criminal jurisdiction has been developed in international law. In attempts to clarify the category of universal criminal jurisdiction, international law scholars offer different approaches to determining the notion. Though the offered approaches do vary and sometimes contradict each other in identifying the scope and legal basis of universal criminal jurisdiction, they encompass a number of general determinative features of the universal criminal jurisdiction category. They are the following: (1) commitment of an international crime; (2) encroachment on common interests of the international community as a consequence of committing such crime; (3) the absence of jurisdictional links between the elements of a crime committed and a state, which organs have opened prosecution over an alleged perpetrator. The latter feature includes three elements, namely—(a) an alleged perpetrator belongs to another state nationality, (b) crime committed against nationals of another state, (c) crime committed outside the territory of state, which competent organs instigated criminal proceedings, and (d) crime does not directly infringe fundamental interests of a forum state. Concerning the first prerequisite of the universal criminal jurisdiction category, some scholars support a broad interpretation arguing that universal criminal jurisdiction also applies to situations when a criminal

resides in the territory of another state. At the current stage, it is also possible to extract a central element of the universal criminal jurisdiction category, which is common for various approaches to determining its essence. Most of the authors take the view that the nature of the most serious international crimes, which infringe interests of the whole international community, lies at the heart of the universal criminal jurisdiction category. In the international law doctrine, crimes of such gravity are known as *jus cogens* crimes, *i.e.* criminalised violations of *jus cogens* norms in international law¹. Acknowledging the imperative of prohibition of certain crimes, international law scholars argue that a special kind of obligations *erga omnes* correspond to the essence of *jus cogens* norms. Consequently, a lot of authors come to conclusion that the mentioned international law categories—universal criminal jurisdiction, *jus cogens* crimes, and obligations *erga omnes*—are closely interlinked, or even interdependent. However, remaining uncertainty in the meaning of these terms, arguments of support and critique of the given approach in the international law doctrine serves as a vivid evidence of the necessity of further in-depth research. Thus, the problem on the nature of interrelation between the named notions remains unresolved, and the absence of corresponding spread state practice and respective pronouncements of international judicial bodies only pour oil on the flames.

The issues of developing definition of the universal criminal jurisdiction, *jus cogens* crimes and obligations *erga omnes*, and interrelationship between these categories have fallen under consideration

¹ Дрьоміна-Волок Н. Дотримання принципу «видай або суди» як *obligatio erga omnes* щодо злочинів *jus* Міжнародно-правові читання. Випуск 4 (15). 2014.

of quite a number of Ukrainian and foreign authors. Among them, there are V. F. Antipenko, G. O. Antselevych, S. S. Andreichenko, M. C. Bassiouni, B. S. Brown, M. V. Buromensky, V. G. Butkevych, V. A. Vasylenko, G. Werle, S. M. Vykhryst, M. M. Gnatovsky, N. V. Dryomina-Voloc, N. A. Zelinska, M. Inazumi, A. Cassese, G. O. Korolyev, M. I. Pashkovsky, L. Reydam, K. Randall, A. Rubin, V. N. Rusina, N. A. Safarov, G. G. Sereda, T. L. Syroyid, O. S. Chernichenko, and others.

The aim of the article is to present the results of the inquiry on the interrelationship of three separate yet not fully determined international law categories—universal criminal jurisdiction, *jus cogens* crimes, and obligations *erga omnes*. In the result of the study, the author intends to ascertain whether this interrelationship in its essence is tantamount to interdependence or these categories exist isolated from each other under current international law.

Statement of study results

The peculiarity of doctrinal and international legal development of universal criminal jurisdiction category is that apparently it appeared to be a tough nut to reach its legal definition. This is notwithstanding its long history. Nowadays there is quite a significant number of international treaties prescribing for application of some form of universal criminal jurisdiction, acceptance of international customary nature of universal criminal jurisdiction for certain international crimes, practice of different states on implementation of norms on universal criminal jurisdiction to

domestic legislation, and examples of national trials based on the universality principle. Yet there is no generally accepted definition of universal criminal jurisdiction. In this regard, Christine Van den Wyngaert, proponent of the universal criminal jurisdiction idea, comparative criminal law and international criminal law expert, made a statement. As an *ad hoc* judge in the International Court of Justice Case “Arrest Warrant of 11 April 2000” (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Christine Van den Wyngaert noted in her Dissenting Opinion: “there is no generally accepted definition of universal jurisdiction in conventional or customary international law”; “many views exist as to its legal meaning and its legal status under international law”; “uncertainties [...] may exist concerning the definition of universal jurisdiction”². Nonetheless, a great number of suggested universal criminal jurisdiction definitions in the international law doctrine creates a platform for extracting a central element of the category. At the current stage of universal criminal jurisdiction development, most of the Ukrainian and foreign authors support the view that encroachment on common interests of international community by committed crimes constitutes such a central element. Therefore, the universality principle is applicable for prosecution of crimes, concerning which all states have an interest in bringing to justice their perpetrators.

A. Gentili, H. Grotius, E. de Vattel, who are known as founders of international law, were among the first to develop this concept. It was further elaborated within the period of the end of the XIX—the beginning of the XX centuries—by A. Bulmerincq, R. von Mohl, D. Nikolskiy, F. F. Martens,

² Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo v. Belgium), 2002 ICJ 3 (Dissenting Opinion of Judge Van den
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

N. S. Tagantsev, V. A. Ulianitskii. It is not surprising that recently Ukrainian and foreign authors, whose research interests relate to the category of universal criminal jurisdiction, adhere to this view largely.

Thus, starting from the times of the XVI century and until now, the core idea of universal criminal prosecution of individuals responsible for commitment of certain international crimes rests on two main rationales: first, the existence of common interests of international community, second, prevention of their violations. Ukrainian scholar O. O. Merezhko argues that the notion of international community becomes apparent, *inter alia*, in fundamental interests of international community, as well as in the international law concepts of *jus cogens* norms and obligations *erga omnes*³. The connection between universal criminal jurisdiction, *jus cogens* norms and obligations *erga omnes* thus appears to be evident. Certain crimes are committed against common interests of international community, what proves their universal nature, which in its turn serves as a rationale of the right of international community to prosecute and punish such crimes irrespectively of who committed them, against whom and where⁴.

As a result, the special nature of certain international crimes made a ground of their forming into a separate category of so-called *jus cogens* crimes⁵. Art. 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties provides an official definition of the notion of *jus cogens* norms, which is the

Wyngaert, 14 February), § 44-46.

³ Мережко О. Введение в философию международного права: Гносеология международного права / О. О. Мережко. — Київ: Юстиниан, 2002. — С. 84.

⁴ Верле Г. Принципы международного уголовного права : учебник / Герхард Верле; пер. с англ. С. В. Саяпина. — Одеса: Фенікс; Москва: ТрансЛит, 2011. — С. 86.

⁵ Bassiouni M. International Crimes: jus cogens and obligatio erga omnes // Law and Contemporary Problems. — 1996. — Vol. 59. — № 4. — P. 65.

following: “a peremptory norm of general international law (*ed.—jus cogens* norm) is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.” There are different approaches to forming the list of crimes, prohibition of which has reached a status of *jus cogens* norm, in the international law doctrine. There is an opinion that the list of *jus cogens* crimes has to be limited as to include only the crime of genocide, tortures, war crimes (particularly, grave breaches of the 1949 Geneva Conventions)⁶. Some scholars add crimes against humanity and the crime of aggression to the initial list of *jus cogens* crimes⁷. A prominent scholar M. C. Bassiouni suggests, otherwise, a broader list of *jus cogens* crimes consisting of genocide, crimes against humanity, war crimes, aggression, piracy, slavery, tortures⁸. Russian author G. O. Korolyev extends the list further as to include crimes of apartheid and unlawful seizure of aircraft⁹. Another scholar K. Randal broadens the list even more by encompassing taking hostages and crimes against persons entitled to special protection under international law to the list of *jus cogens* crimes¹⁰.

⁶ *Brown B. S.* The Evolving Concept of Universal Jurisdiction // *New England Law Review*, Vol. 35. — 2001. — №2. — P. 392-394.

⁷ *Pedretti R.* Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes / Ramona Pedretti. — Martinus Nijhoff Publishers, 2014. — P. 405.

⁸ *Bassiouni M.*, *supra* note 5, at p. 68.

⁹ *Королев Г. А.* Универсальная юрисдикция государств в отношении серьезных нарушений норм международного права : основания применения и порядок осуществления : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.10 - международное право ; европейское право. - М., 2010. — С. 5.

¹⁰ *Randall K.* Universal Jurisdiction Under International Law / Kenneth Randall. // *Texas Law Review*. — 1988. — №66. — P. 830.

Moreover, M. C. Bassiouni offers highlighting elements of *jus cogens* crimes: encroachment on general interests of world community by such crimes on the ground that (1) they constitute a threat to peace and security of humankind, and (2) they shock conscience of humanity¹¹. Curiously, M. C. Bassiouni himself puts forward imperfectness of both suggested elements, which is grounded on the absence of unbiased criteria of deciding whether a particular crime meets the named requirements. First, M. C. Bassiouni rightly points out that the issue of the existence of a threat to peace and security is often politicised, therefore for so long time the attempts to reach agreement on the definition of the crime of aggression have not been successful. Second, the issue of deciding which crime shocks the conscience of all humankind and which does not is not less subjective than the first one. The scholar neatly illustrated the situation, when one given crime, committed with intent to destroy, in whole or in part, certain national, ethnic, racial or religious group according to Art. 2 of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, would constitute a crime of genocide. Yet a killing of nearly two million Cambodian cannot be regarded as a crime of genocide, as the same national, religious and ethnic group committed it against its own members on political grounds. The contradiction in definitions is therefore clear as a noontday. Under current international law, one murder is considered as a genocide and, consequently, as a *jus cogens* crime, while a mass killing of two million Cambodians is not. However, such mass atrocities fall under the scope of crimes against humanity and war crimes; as such, they constitute *jus cogens* crimes,

¹¹ Bassiouni M., *supra* note 5, at p. 69.

according to a broader interpretation. M. C. Bassiouni also depicts the complexity of proving that both elements are met, when a particular *jus cogens* crime is committed¹². Another important feature of *jus cogens* crimes is that usually they are official acts of states. Such crimes are most frequently committed as a part of official state conduct. There are two reasons for that: first, presence of the respective feature in the legal definition of certain international crimes, second, a fact of commitment of an international crime itself as an act of official policy, what required involving of state apparatus¹³.

The suggested description of *jus cogens* crimes leads to conclusion that these are those crimes, which are usually considered to fall under the scope of universal criminal jurisdiction in the doctrine of international law¹⁴. Accordingly, it means that states at least may apply universal criminal jurisdiction for prosecution of alleged perpetrators of *jus cogens* crimes.

Another issue that demands scrutiny is the nature and content of obligations *erga omnes*. Obligations *erga omnes* are understood as abiding all states, therefore they are believed to correspond to *jus cogens* norms. Under the simplified approach, the imperative norm has to bear a compulsory for all obligation, but the problem here is that such approach is circular¹⁵. The precise character of interrelationship between obligations *erga omnes* and *jus cogens* norms has not been determined yet, what gives reasonable grounds to international law scholars to justify their own positions on the issue.

¹² Bassiouni M., *supra* note 5, at p. 70.

¹³ Brown B., *supra* note 6, at p. 402.

¹⁴ See The Princeton Principles on Universal Jurisdiction Princeton Principles — 2001. — 67 p; Inazumi M. Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law / Mitsue Inazumi. — Antwerpen: Intersentia, 2005. — 274 p.; Reydam L. Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives / Luc Reydam. — Oxford University Press, 2003. — 500 p.

Although the concept of obligations *erga omnes* traces back to the times of Hugo Grotius, in order to define its content the ICJ Case “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited” (Belgium v. Spain) Decision of 5 February 1970 is most frequently cited in the doctrine of international law. In particular, the reference is made to the paragraph where the Court stated that there are obligations of states towards the whole international community, they relate to all states and are obligations *erga omnes*¹⁶. The ICJ made another pronouncement on the nature of obligations *erga omnes* in the Advisory Opinion “Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide” of 28 May 1951, where the Court found the basis of obligations *erga omnes*, which is recognition of their universality and compulsory character even in the absence of corresponding conventional obligations¹⁷. The Court also noted that obligations *erga omnes* arise from prohibition of acts of aggression, genocide, slavery, racial discrimination in international law¹⁸. Therefore, the occurrence of obligations *erga omnes* is to be understood as a corollary of acquiring by an international crime of a *jus cogens* status¹⁹.

Yet, there is still no an exhaustive list of *jus cogens* norms, and correspondingly of *jus cogens* crimes, as well as obligations *erga omnes* in international law. Moreover, there are currently no grounds to expect it to appear any time soon. Ukrainian scholar N. V. Dryomina-Voloc fairly argues that the process of entitling a certain norm with a *jus cogens* status does not

¹⁵ Bassiouni M., *supra* note 5, at p. 72.

¹⁶ Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belg. v. Spain), 1970 I.C.J. 3 (Feb. 5), p. 32.

¹⁷ Reservations to the Convention on Genocide, 1951 ICJ Rep. 15 (Advisory Opinion of 28 May 1951), p. 23.

¹⁸ *Ibid.*

encroach on a traditional process of conventional decision-making – only the consent of the international community can form a basis of occurrence of that or another *jus cogens* norm²⁰. It is therefore unfeasible to expect that states will easily reach an agreement on the final normative list of generally compulsory imperative norms. As *jus cogens* norms are compulsory for all and can be later changed only by adoption of new norms of the same imperative character, states will not voluntarily put themselves under this kind of sword of Damocles in the foreseeable future. The current situation under which the International Court of Justice or other authoritative international judicial bodies pronounce a status of *jus cogens* norms or obligations *erga omnes* will most likely last until the turning point in international relations and international legal order conditions, when the rule of law will finally take over the reign of force.

At the current stage, the International Court of Justice has not formed a clear position on the interrelationship between *jus cogens* norms and obligations *erga omnes*. The main question is whether granting a *jus cogens* status to an international crime results in resting in states a corresponding obligation *erga omnes*, or a mere right to prosecute criminals, responsible for commitment of this crime on a basis of universal criminal jurisdiction. As this issue has not received any formal international legal solution so far, the answers are provided exclusively in the doctrine of international law. For M. C. Bassiouni the content of *jus cogens* notion corresponds to an obligation rather than to a selective right, in the words of the scholar, otherwise *jus*

¹⁹ *Meron T. Human rights and humanitarian norms as customary law / Theodor Meron. — Clarendon Press, 1989. — P. 190.*

cogens norms would not be imperative norms of international law²¹. This leads to a following conclusion. If an international crime reaches the status of a *jus cogens* crime, universal criminal jurisdiction applies to such crime irrespectively of the place where such crimes were committed, or who committed them (including Heads of States), or against whom they were committed and irrespectively of the context (conditions of war or peace)²². Taking into account a further development of international law, ill-famed experience of Belgium, which was considered as a kind of “laboratory of application of quasi-absolute universal jurisdiction”²³, the described approach of unlimited application of universal criminal jurisdiction to *jus cogens* crimes is undoubtedly desirable but it does not correspond to existing reality. Professor K. Randal adheres to a more restrained position, as he acknowledges that doctrines of *jus cogens* crimes and obligations *erga omnes* support the right of all states to apply universal jurisdiction over particular criminals. He also recognises the position that violations of *jus cogens* norms and obligations *erga omnes*, if committed by individuals, may be prosecuted by any state in the world on the ground of the universality principle²⁴. In other words, K. Randal considers universal jurisdiction application over *jus cogens* crimes as a right and not as an obligation of states, and obviously not an obligation *erga omnes*. Moreover, an authoritative supporter of legal positivism, American scholar A. Rubin does not recognise the existence of

²⁰ Дрьоміна-Волок Н. «Імперативізація» міжнародного права в контексті становлення сучасного міжнародного правопорядку // Актуальні проблеми держави і права. — 2009. — №49. — С. 271.

²¹ Bassiouni M., *supra* note 5, at p. 72.

²² Bassiouni M., *supra* note 5, at p. 73.

²³ Vandermeersch D. Prosecuting International Crimes in Belgium // Journal of International Criminal Justice, Vol. 3. — 2005. — №2. — P. 401.

²⁴ Randall K., *supra* note 9, p. 830.

international legal basis of realisation of universal criminal jurisdiction. He also severely criticises the concept of *jus cogens* norms over violations of human rights and offences *erga omnes*²⁵. It is impossible to argue against the thesis on the absence of precise definitions of all three analysed categories of international law—universal criminal jurisdiction, *jus cogens* crimes and obligations *erga omnes*—in the existing primary sources of international law. However, in case of their absence, secondary sources of international law (judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, according to Art. 38 para. 1 (d) of the Statute of the ICJ) deserve more attention at least as an evidence of certain tendencies of further development of international law.

Concluding remarks

At the moment, there are no doubts that the issue of interrelations of universal criminal jurisdiction, *jus cogens* crimes and obligations *erga omnes*—is not yet defined in international law²⁶. The named categories are separate and independent in international law, but they are not completely isolated from each other because of the number of common features, which unite them. We suggest to indicate three common features, which are inherent to all three categories: 1) general applicability, as all three categories encompass general principles of law, which engender rights and obligations for all states, from what the second feature arises — 2) universality, as all three categories relate to every state, finally the third

²⁵ Rubin A. Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes? / Alfred P. Rubin. // New England Law Review, Vol. 35. — 2001. — №2. — P. 265–280.

feature is 3) protection of general common interests of international community what is a purpose pursued by all the three categories because of their nature. Nonetheless, it does not lead to a conclusion on interdependence of these categories, as recognising certain crimes as *jus cogens* crimes does not necessarily and automatically culminates in perceiving a norm on prosecution of such crimes to become a *jus cogens* norm, or an obligation *erga omnes*. The uncertainty of the exact content of the categories of international law, which are under consideration, explains the complexity of finding out the character of links between them. These conditions create a kind of “vicious circle of uncertainty”, which can be resolved only in the sources of international law, preferably in primary ones. However, the interconnectedness of universal criminal jurisdiction, *jus cogens* crimes and obligations *erga omnes* through their common features gives hope for the recognition of interdependence between them, under which the application of universal criminal jurisdiction for commitment of a *jus cogens* crime will constitute an obligation *erga omnes* in the future. This will mean an overcoming of lacunae between legal expectations and legal realities in international law²⁷ and the transition from the existing *lex lata* to an expected *lex ferenda*.

²⁶ See *Simma B.* Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner // *The European Journal of International Law*, Vol. 20. — 2009. — №2. — P. 274; *Brown B.*, *supra* note 6, at p. 392.

²⁷ *Bassiouni M.*, *supra* note 5, at p. 66.

**ПРАВОВАЯ ОХРАНА ПРОМЫШЛЕННЫХ ОБРАЗЦОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ
(ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)**

ТАТЬЯНА ГОНЧАР*

Аннотация. В статье рассматриваются некоторые исторические аспекты развития правовой охраны промышленных образцов в советский период и период независимой Республики Беларусь. Анализируются документы, регламентирующие условия охраны промышленных образцов, принятые в различные годы.

Ключевые слова: промышленный образец, патент, свидетельство, правовая охрана.

**LEGAL PROTECTION OF INDUSTRIAL DESIGNS IN THE REPUBLIC OF BELARUS.
(HISTORICAL ASPECT)**

TATIANA GONCHAR*

Abstract. The article discusses some of the historical aspects of the development of the legal protection of industrial designs in the Soviet period

* 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.

and the period of independence of the Republic of Belarus. Analyzed documents regulating the conditions of protection of industrial designs, adopted in different years.

Keywords: industrial design, patent, certificate, legal protection.

Правовая охрана промышленных образцов в Республике Беларусь стала развиваться после распада СССР и приобретения независимости нашим государством. До этого момента правовая охрана изделий в качестве промышленных образцов на территории нашего государства основывалась на положениях советского законодательства.

В советский период промышленные образцы (рисунки и модели) получили правовую охрану в 1924 году. Охрана осуществлялась на основе подачи заявки в Комитет по делам изобретений. Заявителю выдавалось свидетельство, на основе которого его владелец пользовался исключительным правом на использование образца. Максимальный срок действия свидетельства составлял 10 лет (со дня подачи заявки). В 1936 году эта правовая охрана промышленных образцов была отменена¹.

В 1965 г., в связи с присоединением СССР к Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. в СССР в рамках изобретательского права была восстановлена охрана промышленных образцов: было принято постановление Совета Министров СССР «О

промышленных образцах» и утвержденное приказом Государственного комитета СССР по науке и технике Положение о промышленных образцах (далее – Положение 1965 г.)². Определение промышленного образца, содержащееся в новом законодательстве, было следующим: «Промышленным образцом (промышленным рисунком, моделью) признается новое, пригодное к изготовлению промышленным способом художественное решение внешнего вида изделия, в котором достигается единство его технических и эстетических качеств». Для признания художественного решения промышленным образцом по Положению 1965 г. было достаточно его местной новизны, т.е. новизны в масштабах СССР. Не подлежали правовой охране в качестве промышленных образцов лишь решения внешнего вида изделий легкой промышленности, в частности, предметы галантереи, швейной промышленности и трикотажного производства, обуви, головных уборов, и т.д.

На основе заявки, подаваемой в Комитет по делам изобретений и открытий, заявителю выдавалось либо свидетельство на промышленный образец (аналог авторского свидетельства на изобретение), либо патент на промышленный образец.

В 1981 г. было принято новое Постановление Совета Министров СССР № 539, которым утверждалось «Положение о промышленных

¹ Гаврилов, Э.П. Правовая охрана полезных моделей и промышленных образцов. / Э.П. Гаврилов. — Москва: 1974. — 78 с.

² Правовая охрана промышленных образцов в СССР // [Электронный ресурс]. — 2014. — Режим доступа: <http://www.chief.nnov.ru/partners/356>. Дата доступа: 20.08.2014.

образцах» (далее — Положение 1981 г.)³. В соответствии с данным документом «промышленным образцом признавалось новое художественно-конструкторское решение изделия, определяющее его внешний вид, соответствующее требованиям технической эстетики, пригодное к осуществлению промышленным способом и дающее положительный эффект».

Таким образом, выделялось четыре условия правовой охраны изделий в качестве промышленных образцов — новизна, соответствие требованиям технической эстетики, изготовление промышленным способом, необходимость положительного эффекта. Положение 1981 г. также содержало основные моменты по проведению государственной экспертизы заявки на промышленный образец.

В соответствии с Положением 1981 г. иным образом решались вопросы правовой охраны изделий легкой промышленности. Так, художественно-конструкторские решения изделий легкой промышленности регистрировались и охранялись в качестве промышленных образцов по перечню изделий, который утверждался Государственным Комитетом СССР по делам изобретений и открытий. Это, в свою очередь, позволяет судить о постепенном расширении круга изделий, подпадающих под условия правовой охраны в качестве промышленных образцов.

³ Положение о промышленных образцах: утв. Постановлением Совета Министров СССР от 08.06.1981 г. № 539 // [Электронный ресурс]. — 2014. — Режим доступа: <http://www.base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=ESU;n=275;req=doc>. Дата доступа: 20.08.2014.

Охранными документами по Положению 1981 г. являлись свидетельство на промышленный образец и патент на промышленный образец.

К концу советского периода был подготовлен и даже принят Закон «О промышленных образцах» от 10 июля 1991 г. (далее — Закон 1991 г.)⁴. В соответствии с данным документом «промышленным образцом признавалось художественное и художественно-конструкторское решение, определяющее внешний вид изделия. Промышленному образцу предоставлялась правовая охрана, если он являлся новым, оригинальным и промышленно применимым».

Таким образом, данное определение отличалось от определения промышленного образца по Положению 1981 г. Ключевым словом в понимании промышленного образца выступало именно «художественное и художественно-конструкторское решение». Однако присутствие в этой конструкции слова «художественное» видится не совсем логичным, так как выражение «художественно-конструкторское решение» предполагает такой смысл.

Закон 1991 г. содержал положения, касающиеся вопросов проведения экспертизы заявки, приоритета промышленного образца, срока охраны, прав заявителя, признания патента недействительным, и иные. Однако он не вступил в силу в связи с прекращением существования СССР [10].

⁴ О промышленных образцах: Закон СССР от 10.07.1991 г. // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]. — 2014. — Режим доступа: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_18415/. Дата доступа: 20.08.2014.

Следующим этапом развития правовой охраны промышленных образцов в Республике Беларусь стало принятие нового Закона «О патентах на промышленные образцы» от 5 февраля 1993 г. (далее — Закон 1993 г.)⁵. В соответствии с указанным документом «промышленный образец понимался как художественное или художественно-конструкторское решение, определяющее внешний вид изделия». Формулировка понятия промышленного образца по данному документу также изменилась. Промышленным образцом стало признаваться не только художественное решение изделия, но и художественно-конструкторское решение изделия.

В качестве основных условий патентоспособности промышленных образцов по Закону 1993 г. выступали новизна, оригинальность, промышленная применимость. Так, «Промышленный образец признавался новым, если совокупность существенных признаков неизвестна в Республике Беларусь или за рубежом до даты его приоритета. Промышленный образец признавался оригинальным, если его существенные признаки или (и) их комбинация отличаются своеобразием. Промышленный образец признавался промышленно применимым, если он мог быть воспроизведен промышленным способом в соответствующем изделии для введения в хозяйственный оборот. Объем правовой охраны, предоставляемой патентом на промышленный образец, определялся совокупностью его существенных

⁵ О патентах на промышленные образцы: Закон Республики Беларусь от 05.02.1993 г. № 2179 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] ООО «ЮрСпектр». — Минск, 2014.

признаков, представленных на фотографиях изделия (макета, рисунка)».

Таким образом, в Законе 1993 г. закреплялись три главных условия патентоспособности промышленных образцов — новизна, оригинальность, промышленная применимость. Однако условие промышленной применимости промышленного образца не учитывало те изделия, которые относились к производству с применением ручного труда. Это, в свою очередь, затрудняло правовую охрану таких изделий.

Кроме того, Закон 1993 г. содержал положения, касающиеся сферы решений, которым не предоставлялась правовая охрана в качестве промышленных образцов. П.3 ст.1 Закона устанавливал, что «Не предоставляется правовая охрана решениям:

- обусловленным исключительно технической функцией;
- противоречащим общественным интересам, принципам гуманности и морали;
- объектов архитектуры (в том числе промышленных, гидротехнических и других стационарных сооружений), кроме малых архитектурных форм;
- печатной продукции как таковой;
- объектов неустойчивой формы из жидких, газообразных, сыпучих и им подобных веществ.

Несложно заметить, что в Законе эти исключения закреплялись с помощью неграмотных формулировок.

В Законе 1993 г. прописывались нормы, касающиеся вопросов подачи заявки на выдачу патента на промышленный образец, в которую включалось заявление о выдаче патента; комплект фотографий изделия

(макета, рисунка), дающих полное и детальное представление о внешнем виде изделия; описание промышленного образца, включающее совокупность его существенных признаков; чертеж общего вида изделия, эргономическую схему, конфекционную карту, если они необходимы для раскрытия сущности промышленного образца; доверенность (в случае подачи заявки патентным поверенным).

В соответствии со ст. 11 указанного закона заявка, принятая к рассмотрению, проверялась на соответствие условиям патентоспособности промышленного образца. Что, в свою очередь, отражало требование по проведению экспертизы по существу.

В Законе 1993 г. были решены вопросы приоритета промышленного образца. Кроме того, оговаривалась возможность воспользоваться не только конвенционным приоритетом, закрепленным Парижской конвенцией по охране промышленной собственности 1883 г., но и выставочным.

Следующим шагом в области правовой охраны промышленных образцов в Республике Беларусь стало принятие в 1998 году Гражданского кодекса⁶. Стоит отметить, что Гражданский кодекс не внес существенных изменений в условия правовой охраны изделий в качестве промышленных образцов. В ст. 998 названного кодекса перечислены объекты права промышленной собственности, к которым, в частности, отнесены промышленные образцы. В первоначальной редакции Гражданского кодекса промышленный образец понимался как

⁶ Гражданский кодекс Республики Беларусь, 7 декабря 1998 г., № 218-3: Принят Палатой представителей 28 октября 1998 г.: Одобрен Советом Республики 19 ноября 1998 г.// Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] ООО «ЮрСпектр». — Минск, 2014.

художественное или художественно-конструкторское решение изделия, определяющее его внешний вид и являющееся новым, оригинальным и промышленно применимым.

Дальнейшее развитие правовой охраны промышленных образцов в нашем государстве было связано с принятием нового законодательного акта, действующего на сегодняшний день, а именно — Закона Республики Беларусь «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» от 16.12.2002 г. № 160-3 (далее — Закон о патентах)⁷, в котором закреплялись нормы правовой охраны не только промышленных образцов, но и иных объектов промышленной собственности, в частности, изобретений и полезных моделей.

Ключевые вопросы правовой охраны изделий в качестве промышленных образцов на основании положений указанного документа претерпели изменения.

Во-первых, изменения коснулись условий патентоспособности промышленных образцов. Требование «промышленной применимости» было отменено. Промышленным образцом, которому предоставляется правовая охрана, стало признаваться художественное или художественно-конструкторское решение изделия, определяющее его внешний вид и являющееся новым и оригинальным. Закон о патентах содержит определение «изделия», под которым понимается предмет промышленного или кустарного производства. В результате появилась

⁷ О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы: Закон Республики Беларусь от 16.12.2002 г. № 160-3 // Национальный центр интеллектуальной собственности Республики Беларусь [Электронный ресурс]. — 2014. — Режим доступа: <http://www.belgospatent.org>. Дата доступа: 20.08.2014.

возможность охраны тех изделий, которые создаются с помощью ручного труда.

Во-вторых, Закон о патентах отменил требование проведения экспертизы заявки на промышленный образец по существу. Так, в п.2 ст. 24 Закона сказано, что «При экспертизе заявки на промышленный образец проверка соответствия заявленного промышленного образца условиям патентоспособности не осуществляется».

Экспертиза состоит в том, что проверяются наличие необходимых документов, соблюдение установленных требований к ним и рассматривается вопрос о том, относится ли заявленное предложение к объектам, охраняемым в качестве промышленных образцов⁸.

В-третьих, сократилось количество документов, которое должна содержать заявка на промышленный образец. Пункт 2 ст. 15 Закона о патентах закрепляет, что заявка на промышленный образец должна содержать:

— заявление о выдаче патента с указанием автора (соавторов) промышленного образца и лица (лиц), на имя которого (которых) испрашивается патент, а также их места жительства или места нахождения;

— комплект изображений, дающих полное детальное представление о внешнем виде изделия;

— описание промышленного образца, включающее его существенные признаки.

⁸ Иванова, Д.В. Общие аспекты патентования промышленных образцов / Д.В. Иванова // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] ООО «ЮрСпектр». — Минск, 2014. Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Первоначальная редакция Закона о патентах содержала четвертый пункт содержания заявки на промышленный образец, а именно, чертеж общего вида изделия, эргономическую схему, конфекционную карту, если они необходимы для раскрытия сущности промышленного образца. 15.07.2010 г. в Закон о патентах были внесены изменения и данный пункт был исключен.

Таким образом, с учетом вышеуказанных изменений, нетрудно заметить появление более упрощенной схемы получения правовой охраны анализируемых результатов творчества. Это, в свою очередь, говорит о том, что в законодательстве Республики Беларусь наблюдается тенденции «смягчения» требований к охране изделий в качестве промышленных образцов.

Иным образом были решены вопросы выставочного приоритета. Если Закон 1993 г. содержал отдельные статьи по выставочному приоритету, то для ныне действующего Закона о патентах это не является характерным.

Принимая во внимание положения Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. (далее — Парижская конвенция⁹, касающиеся выставочного приоритета, государства-участники этой конвенции должны закреплять в национальном законодательстве нормы по выставочному приоритету. Отсюда вытекает, что отсутствие норм выставочного приоритета в законодательстве Республики Беларусь можно рассматривать как

⁹ Конвенция по охране промышленной собственности: Совершено г. Париж, 20 марта 1883 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] ООО «ЮрСпектр». — Минск, 2014.

невыполнение принятых обязательств, вытекающих из содержания Парижской конвенции.

Таким образом, проанализировав основные этапы развития правовой охраны промышленных образцов в советское время и в период независимой Республики Беларусь, можно отметить, во-первых, тенденцию «расширения» круга изделий, которые могут охраняться в качестве промышленных образцов. Об этом свидетельствует предоставление такой правовой охраны изделиям легкой промышленности, а также возможность охранять изделия, изготавливаемые не только промышленным, но и ручным способом. Дополнением к сказанному можно обозначить и более широкое понимание категории промышленных образцов, поскольку по законодательству Республики Беларусь в качестве таковых понимаются не только художественно-конструкторские решения изделий, но и просто художественные решения изделий.

Во-вторых, в Республике Беларусь четко прослеживается тенденция «смягчения» требований к условиям правовой охраны промышленных образцов, а также упрощение процедурных вопросов регистрации изделий в качестве промышленных образцов. Подтверждением выступает отмена «промышленной применимости» как условия патентоспособности промышленных образцов; отмена требования по проведению экспертизы заявки на промышленный образец по существу; сокращение количества документов, содержащихся в заявке на промышленный образец.

**PROTOCOL NO. 7 TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS:
THIRTY YEARS OF EXPERIENCE***

ALLA TYMOFEYEVA*

Abstract. The article analyses the case-law of the European Court of Human Right regarding provisions of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. The Committee of Ministers adopted this protocol in 1984, and this year marks its 30th anniversary. The analysis is contains five main areas corresponding to the substantial articles of the Protocol, namely: 1) procedural safeguards relating to expulsion of aliens (Article 1); 2) the right of appeal in criminal matters (Article 2); 3) compensation for wrongful conviction (Article 3); 4) the right not to be tried or punished twice (Article 4) and 5) equality between spouses (Article 5). Special attention is paid to the human rights of legal persons under this Protocol in view of the fact that the first judgment which found a violation of Protocol No. 7 in respect of a legal entity was issued in March 2014.

Keywords: European Court of Human Right; European Court; European Convention on Human Rights; Protocol No. 7 to the European Convention; human rights of legal persons; procedural safeguards relating to expulsion of aliens; the right of appeal in criminal matters; compensation for wrongful

* I would like to express my strong gratitude to Robin Schädler for the assistance with preparation of this article.

* JU Dr. Alla Tymofeyeva Ph.D.

conviction; the right not to be tried or punished twice; equality between spouses; ECHR and ECtHR.

Introduction: a little bit of history

Drawn up by the Council of Europe's internal Steering Committee for Human Rights, Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as "Protocol No. 7 to the Convention" or "the Protocol") was adopted at the 374th Meeting of the Ministers' Deputies in June 1984. Until 2014, forty-three member states of the Council of Europe have become parties to this treaty. Only four countries have refused to ratify Protocol No. 7 to the Convention; three of them (Germany, the Netherlands and Turkey) signed the protocol in the beginning¹ and only the United Kingdom neither signed nor ratified this additional protocol to the European Convention on Human Rights (hereinafter referred to as the "the Convention").

The first state to sign and ratify Protocol No. 7 to the Convention was Sweden.² Together with nine other states, Sweden signed it on the first possible day.³ The process of ratification, however, took a few more years. In accordance with Article 9 of the Protocol, its entry into force required seven ratifications. Ultimately, Protocol No. 7 to the Convention entered into force after about four years from the date of the first signature, namely on 1st

¹ Germany signed Protocol No. 7 to the Convention on 19 March 1985, the Netherlands on 22 November 1984, that is the day when it was opened for signature, and Turkey on 14 March 1985. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=13/03/2014&CL=ENG>.

² Sweden signed Protocol No. 7 to the Convention on 22 November 1984 and ratified on 8 November 1985. *Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.*

November 1988. Exactly ten years later it was amended according to the provisions of Protocol No. 11 to the Convention.⁴ This altered version will be a subject of the present study.

Creation of Protocol No. 7 to the Convention was inspired by the International Covenants on Human Rights of 1966.⁵ In October 1967, the Committee of Ministers, being aware of problems that might arise from the coexistence of the Convention and the United Nations Covenants, instructed the Committee of Experts on Human Rights to investigate these problems. A number of reports were prepared and discussed by the Committee of Experts. In the framework of the medium-term plans 1976-1980 and 1981-1986 of the Council of Europe, it drafted the documents “Extension of human rights — Extending the human rights set forth in the European Convention on Human Rights and its Protocols (United Nations Covenant on Civil and Political Rights)” and “Extension of the list of civil and political rights and freedoms set forth in the European Convention on Human Rights”. While working on the draft protocol to the Convention, the Committee of Experts kept in mind in particular the need to include only rights which could be guaranteed within the framework of the system of control instituted by the Convention.⁶

⁴ Protocol no. 11 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=155&CM=8&DF=13/03/2014&CL=ENG>.

⁴ Protocol no. 11 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=155&CM=8&DF=13/03/2014&CL=ENG>.

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976. URL: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>.

⁶ See, the Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

The Protocol extends the list of rights protected under the Convention and its Protocols to include the following:

- 1) the right of aliens to procedural guarantees in the event of expulsion from the territory of a state (Article 1);
- 2) the right of a person convicted of a criminal offence to have the conviction or sentence reviewed by a higher tribunal (Article 2);
- 3) the right to compensation in the event of a miscarriage of justice (Article 3);
- 4) the right not to be tried or punished in criminal proceedings for an offence for which one has already been acquitted or convicted (*ne bis in idem*) in Article 4;
- 5) equality of rights and responsibilities as between spouses (Article 5).

Taking into account the fact that Protocol No. 7 to the Convention contains five material articles amplifying the guarantees set forth in the Convention, we are going to briefly elaborate on each of these provisions in the following parts of the paper. In addition, an analysis of the more than quarter century experience of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the “the Court”) with application of the articles of the Protocol will be made. Special attention will be dedicated to human right of legal persons under this Protocol.

Procedural safeguards relating to expulsion of aliens

Pursuant to Article 1 of Protocol No. 7 to the Convention an alien lawfully resident in the territory of a member state of the Council of Europe shall not be expelled therefrom. However, expulsion is possible “in pursuance

of a decision reached in accordance with law”. In Explanatory Report⁷ to the Protocol, the term “lawful residence” is defined as to exclude any alien who has arrived at a port or other point of entry but has not yet passed through the immigration control or who has been admitted to the territory for the purpose only of transit or for a limited period for a non-residential purpose. The autonomous concept of “expulsion” needs to be seen in light of Article 3 of Protocol No. 4⁸ to the Convention, hence it does not include extradition.⁹

The title of Article 1 prompts that aliens facing expulsion enjoy certain procedural safeguards. They shall be allowed: 1) to submit reasons against his or her expulsion, 2) to have the case reviewed, and 3) to be represented for these purposes before the competent authority or person(s) designated by that authority. Paragraph 14 of the Explanatory Report¹⁰ illuminates that the right to have a representative physically present when the case is considered not to be implied by the text of the provision. Moreover, the whole procedure may be in writing without the need for an oral hearing.

Article 1 of Protocol No. 7 to the Convention belongs to the provisions, which are not very often applied. For more than 25 years of practice of the Court after entry into force of the Protocol, the number of judgments where it found a violation of this Article is considerably small in comparison to the

⁷ Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

⁸ Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=046&CM=8&DF=14/03/2014&CL=EN> G.

⁹ HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. Law of the European Convention on Human Rights. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 746.

¹⁰ Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

other Articles of the Convention. This situation can be explained by the fact that there is little literature has been published on the subject and many lawyers are not aware of existence of this right. In addition, the situation of deportation is not as common as, say, trial in general. Moreover, it concerns only aliens, while the other provisions are applicable to both nationals and foreigners.

The case of *Takush v. Greece*¹¹ concerned Mr Fatmir Takush, an Albanian national, who had been lawfully resident in Thessaloniki, on the basis of a temporary residence permit. On 10 September 2008 he was arrested by the police and immediately committed for trial before the Criminal Court on a charge of aiding and abetting the unlawful entry of aliens into Greece. Pending an order for his deportation, the authorities ordered his detention on the grounds that he presented a danger to public order. Mr Takush argued that his deportation had been unjust and that his application to have the deportation order set aside had been ineffective. In view of the fact that the applicant was not informed about the deportation in a language he was able to understand, that he had no possibility to appeal against a decision on deportation, given the whole process of an expulsion procedure, the Court finally held that Article 1 of Protocol No. 7 was breached.

Applicants invoke Article 1 of the Protocol No. 7 on rare occasions. It is of interest that in the above-mentioned case, the applicant primarily did not rely on this article. He alleged a violation of number of other articles, in particular, Articles 3, 5 § 1, 8 and 13 of the Convention, and the Court itself, striving for efficiency of justice, in compliance with the principle *iura novit*

¹¹ *Takush v. Greece*, no. 2853/09, 17 January 2012.

curia, decided to consider a violation of Article 1 of Protocol No. 7.¹² Similarly, the applicant in *Nowak v. Ukraine* complained under Article 6 that he did not understand the charges against him during his deportation. The Court noted that there were no judicial proceedings concerning the applicant's removal from the territory of Ukraine, therefore, it would fall outside the scope of Article 6 of the Convention. Nevertheless, being master of the legal characterization to the facts of the case, the Court decided to examine the issue under Article 1 of Protocol No. 7 to the Convention.¹³

The similarity of the cases *Takush*¹⁴ and *Nowak*¹⁵, it is not constrained to the application of the *iura novit curia* principle, as the factual situation was equally comparable. The decision on Mr Nowak's expulsion was also served on him in a language he did not understand and in circumstances which prevented him from being represented or submitting any reasons against his expulsion. Therefore, the Court drew the same conclusions.

In *Bolat v. Russia*¹⁶ the applicant, a Turkish national, lived in Russia on the basis of a long-term residence permit. The Passports and Visas Department annulled his residence permit on the ground that he had repeatedly violated residence regulations. He was ordered to leave Russia but a town court suspended the execution on account of a pending Supreme Court decision on his request for supervisory review. On 7 August 2003 several officers of the Ministry of the Interior, some of them masked, entered the applicant's flat, handcuffed him and placed him on a flight to Istanbul. The

¹² *Takush v. Greece*, no. 2853/09, § 50, 17 January 2012.

¹³ *Nowak v. Ukraine*, no. 60846/10, § 72, 31 March 2011.

¹⁴ *Takush v. Greece*, no. 2853/09, 17 January 2012.

¹⁵ *Nowak v. Ukraine*, no. 60846/10, 31 March 2011.

¹⁶ *Bolat v. Russia*, no. 14139/03, ECHR 2006-XI (extracts).

Court held that these actions of the state officials infringed provisions of Article 1 of Protocol No. 7 as the decision to expel the applicant had not been taken in accordance with law. The lack of compliance with national law was a reason of finding a breach of this provision of the Convention in a number of other cases.¹⁷

Absence of a violation of Article 1 of Protocol No. 7 is usually declared in the admissibility stage. In a number of cases,¹⁸ the Court declared such applications inadmissible due to failure to exhaust domestic remedies. The case of *Nagula v. Estonia*¹⁹ may serve as an example. The applicant's complaint was manifestly ill-founded as in the course of the proceedings against Mr Eduard Nagula, it was open to him to submit arguments against the authorities' refusal to extend his residence permit, but he failed to do so.

Right of appeal in criminal matters

Article 2 of Protocol No. 7 to the Convention recognises the right of everyone convicted of a criminal offence by a tribunal to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. Paragraph 2 of this Article envisages three main exceptions to this right of review by a higher tribunal: 1) for offences of a minor character, as prescribed by law; 2) in cases in which the person concerned has been tried in the first instance by the highest tribunal, for example by virtue of his or her special status as a minister, prosecutor or

¹⁷ *Kaushal and Others v. Bulgaria*, no. 1537/08, § 49, 2 September 2010; *Ahmed v. Romania*, no. 34621/03, 13 July 2010; *Nolan and K. v. Russia*, no. 2512/04, 12 February 2009; *Lupsa v. Romania*, no. 10337/04, ECHR 2006-VII.

¹⁸ *Dilan Sadik Ali v. Norway* (dec.), no. 22669/10, unpublished and *Sergei Andreyev v. Estonia* (dec.), no. 42987/09, unpublished.

¹⁹ *Nagula v. Estonia* (dec.), no. 39203/02, § 9, ECHR 2005-XII (extracts)

other holder of high office, or because of the nature of the offence; 3) where the person concerned was convicted following an appeal against acquittal.

As to the first exception, it should be noted, that when deciding whether an offence is of a minor character or not, an important criterion is the question of whether the offence is punishable by imprisonment.²⁰ If the answer is “yes”, this provision will normally not be applicable.²¹ However, there are also exceptions from this rule. In the case *Putz v. Austria*²² the Commission found an offence, whose penalty consisted of imprisonment for a period not exceeding eight days, to be of a “minor character”.

In the case of *Galstyan v. Armenia*,²³ the Court came to the opposite conclusion. The applicant was sentenced to three days of detention. However, the law, under which this sentence was imposed, prescribed up to 15 days of detention as a maximum penalty. The Court, therefore, considered that a penalty of 15 days of imprisonment was sufficiently severe not to be regarded as being of a “minor character” within the meaning of Article 2 § 2 of Protocol No. 7.²⁴

Notion “criminal offence” has an autonomous meaning requiring recourse to the case-law of the Court; domestic law on this point is not decisive. In the case of *Zhelyazkov v. Bulgaria*,²⁵ the applicant submitted that although he had been convicted under administrative law, the offence was criminal within the meaning of Article 2 of Protocol No. 7 in view of its being

²⁰ Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

²¹ *Kakabadze and Others v. Georgia*, no. 1484/07, § 97, 2 October 2012.

²² *Putz v. Austria*, no. 18892/91, Commission decision of 3 December 1993, DR 76-A, p. 51.

²³ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, 15 November 2007.

²⁴ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, § 124, 15 November 2007.

²⁵ *Zhelyazkov v. Bulgaria*, no. 11332/04, 9 October 2012.

identical with the criminal offence of hooliganism. Moreover, it carried the penalty of imprisonment. The Court agreed with the applicant and held that there has been a breach of this Article.

Contracting states have a wide margin of appreciation in determining how the rights secured by Article 2 of the Protocol will be exercised.²⁶ In the case of *Krombach v. France* the Court gave an approximate explanation: “...the review by a higher court of a conviction or sentence may concern both points of fact and points of law or be confined solely to points of law. Furthermore, in certain countries, a defendant wishing to appeal may sometimes be required to seek permission to do so. However, any restrictions contained in domestic legislation on the right to a review mentioned in that provision must, by analogy with the right of access to a court embodied in Article 6 § 1 of the Convention, pursue a legitimate aim and not infringe the very essence of that right.”²⁷ The applicant in the present case alleged that it was impossible to appeal to the court of cassation against a conviction by an assize court after a trial *in absentia*, since Article 636 of the French Code of Criminal Procedure precluded such appeals. Taking into account that he had no possibility to have his conviction reviewed by a higher court, the Court held that there had been a violation of Article 2 of Protocol No. 7 to the Convention.

The Court found a violation of Article 2 of Protocol No. 7 in the case of *Galstyan v. Armenia*²⁸ because the review procedure prescribed by domestic law did not provide a clear and accessible right to appeal as it lacked clearly-

²⁶ HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. *Law of the European Convention on Human Rights*. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 749.

²⁷ *Krombach v. France*, no. 29731/96, § 96, ECHR 2001-II.

defined procedures, time-limits and consistent application in practice. Domestic law gave the power of review to the chairman of a superior court — whether or not upon the individual's request. In the Court's opinion, such a review possibility was not compatible with Article 2 of Protocol No. 7 to the Convention.²⁹

A similar situation existed also in Ukraine. In the case of *Gurepka v. Ukraine*,³⁰ the applicant alleged to possess no effective remedy against his administrative arrest and detention. The extraordinary review procedure prescribed by the Ukrainian Code of Administrative Offences could only be initiated by a prosecutor or by a motion of the president of the higher court. Given that this procedure was not directly accessible to a party to the proceedings and did not depend on his or her motion and arguments, the Court concluded that it was not a sufficiently effective remedy for Convention purposes. In 2002 the Ukrainian parliament introduced changes to the national legislation declining the procedure of an extraordinary review.³¹

Bulgaria also faced such difficulties. The Court found a violation of Article 2 of Protocol No. 7 in a number of cases³² due to the impossibility of challenging a conviction under certain legal acts, in particular under the 1963 Decree on Combating Minor Hooliganism. In May 2011 the Constitutional Court declared Article 7 of the 1963 Decree unconstitutional,

²⁸ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, 15 November 2007.

²⁹ *Galstyan v. Armenia*, no. 26986/03, § 126, 15 November 2007.

³⁰ *Gurepka v. Ukraine*, no. 61406/00, § 58, 6 September 2005.

³¹ *Agrotehservis v. Ukraine*, no. 62608/00, § 46, 5 July 2005.

³² *Stanchev v. Bulgaria*, no. 8682/02, § 49, 1 October 2009; *Kambourov v. Bulgaria (no. 2)*, no. 31001/02, § 27, 23 April 2009 and *Zhelyazkov v. Bulgaria*, no. 11332/04, § 43, 9 October 2012.

and that in November 2011 that provision was subsequently amended with a view to the Convention and the Court's case-law.³³

In the case of *Kakabadze and Others v. Georgia*,³⁴ the applicants were members of the Equality Institute, a Georgian non-governmental organisation. The case concerned their arrest and punishment by detention, which was imposed as an administrative sanction for participating in a demonstration. The applicants *inter alia* complained that they had no right of appeal against their conviction. The Court observed that the situation in the present case was identical to those examined by the Court in two landmark cases on the matter — *Gurepka* and *Galstyan*. Notably, in the instant case as well, irrespective of the fact that the applicants' appeal had actually been examined by a judge of the Supreme Court, the extraordinary review procedure contained in that domestic provision depended on the domestic authorities' discretionary power and lacked a clearly defined procedure and time-limits, thus representing an ineffective remedy³⁵ for the purposes of Article 2 of Protocol No. 7.

Compensation for wrongful conviction

Generally, international law does not confer a right to compensation upon individuals.³⁶ Under international custom, this remains a prerogative of states. The state responsible for an internationally wrongful act is under an

³³ *Zhelyazkov v. Bulgaria*, no. 11332/04, § 45, 9 October 2012.

³⁴ *Kakabadze and Others v. Georgia*, no. 1484/07, 2 October 2012.

³⁵ *Hakobyan and Others v. Armenia*, no. 34320/04, § 140, 10 April 2012.

³⁶ HÝBNEROVÁ, S. Odškodnění v mezinárodním právu lidských práv [Compensation in international law of human rights]//Compensation in international law. Studies in International Law. No. 5 (28). Prague: Charles University in Prague, 2013, p. 99 and FLÍDROVÁ, E. Compensation of victims under international
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

obligation to compensate another state for the damage caused thereby.³⁷ Such compensation shall cover all financially assessable damage including the loss of profits. In accordance with Article 34 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts,³⁸ compensation is seen as one of the forms of reparation. Pursuant to Article 41 of the Convention, if the Court finds a violation, it may, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.³⁹ Nonetheless, it is not an obligation of the Court; consequently, there is no right to just satisfaction.⁴⁰ It is unclear, however, whether Article 3 of the Protocol No. 7 is an exception to this general rule.

Article 3 provides that compensation shall be paid to a victim of a miscarriage of justice under certain conditions. These conditions may be summarized as follows: 1) when a person has been convicted of a criminal offence by a final decision; 2) when his or her conviction has subsequently been reversed, 3) when a person has been pardoned, on the ground that a new or newly discovered facts show conclusively a miscarriage of justice. However, there is no right to compensation under this provision, if it can be

agreements on human rights// Compensation in international law. Studies in International Law. No. 5 (28). Prague: Charles University in Prague, 2013, p.109.

³⁷ Article 36 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001 // *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II (Part Two).

³⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001 // *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II (Part Two).

³⁹ The European Convention. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

⁴⁰ TYMOFEYEVA, A. and BLŠTÁKOVÁ, T. Just satisfaction under the European Convention on Human Rights. // Compensation in international law. Studies in International Law. No. 5 (28). Prague: Charles University in Prague, 2013, p.121.

shown that the non-disclosure of the unknown fact in time was wholly or partly attributable to the person convicted.⁴¹

The issue of a “newly discovered fact” was analyzed by the Court in the case of the *Matveyev v. Russia*.⁴² The case related to inability to seek compensation for non-pecuniary damage following quashing of criminal convictions. The applicant was convicted of forging a prepaid postal stamp to send personal correspondence free of charge. Mr Matveyev was sentenced to two years’ imprisonment, which he served. His conviction was later quashed under the supervisory-review procedure. In the course of these proceedings a domestic court found that the stamp used by the applicant was in fact invalid under the relevant legislation. Therefore, it could not have been used to obtain a profit unlawfully. The applicant made a successful claim for compensation for pecuniary damage, but his claim for compensation for non-pecuniary damage was dismissed as there was no provision in domestic law at the time permitting such a claim to be made. In view of the absence of “a new or newly discovered fact”, the Court held that the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3.

In the case of *Poghosyan and Baghdasaryan v. Armenia*,⁴³ the first applicant was awarded compensation in respect of lost earnings, but his claim in respect of non-pecuniary damage was dismissed on the grounds no such provision existed in the Civil Code. The Court observed that the purpose of Article 3 of Protocol No. 7 was not merely to recover any pecuniary loss

⁴¹ HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. *Law of the European Convention on Human Rights*. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 750.

⁴² *Matveyev v. Russia*, no. 26601/02, 3 July 2008.

caused by wrongful conviction but also to provide a person convicted as a result of a miscarriage of justice with compensation for any non-pecuniary damage such as distress, anxiety, inconvenience and loss of enjoyment of life. As far as no such compensation had been available to the first applicant, it concluded that there was a breach of this provision.

As it was said before, the United Kingdom is not a party to Protocol No. 7 to the Convention; however, the Grand Chamber judgment in the case of *Allen v. the United Kingdom*⁴⁴ brought an important elucidation regarding the right to compensation under Article 3 of Protocol No. 7. The case concerned the refusal of compensation after the overturning of a criminal conviction and was evaluated by the Court under Article 6 § 2 of the Convention (presumption of innocence). The applicant was convicted of manslaughtering her baby son on the basis of medical evidence that the boy's injuries amounted to "non-accidental head injury" ("NAHI"). On appeal she claimed that new medical evidence suggested that the injuries could be attributed to a cause other than NAHI. As a result the court of appeal quashed her conviction. It noted that the new evidence might have affected the jury's decision to convict. The prosecution, however, did not apply for a re-trial given that the applicant had already served her sentence. The applicant lodged a claim for compensation, but her claim was refused given that there was no miscarriage of justice. For the theory of the Convention law it is of interest how the Court determined the relation between Article 6 and Article 3 of Protocol No. 7, being expressed in almost identical terms. It noted that the two Articles are concerned with entirely different aspects of the criminal

⁴³ *Poghosyan and Baghdasaryan v. Armenia*, no. 22999/06, ECHR 2012.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

process. On its opinion, there is no suggestion that Article 3 of Protocol No. 7 was intended to extend general guarantees similar to those contained in Article 6 § 2 to a specific situation. With reference to Article 7 of Protocol No. 7, the Court reminded that all provisions of the Convention shall apply accordingly, and “Article 3 of Protocol No. 7 cannot therefore be said to constitute a form of *lex specialis* excluding the application of Article 6 § 2.”⁴⁵

Right not to be tried or punished twice

The principle *ne bis in idem* was known already in ancient times.⁴⁶ As it stands in Article 4 of Protocol No. 7, the principle signifies that a person may not, under the jurisdiction of the same state, be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted.⁴⁷ International criminal courts⁴⁸ which adjudicated upon the behavior of persons in the course of armed conflicts, have widely applied said principle. Additionally, it should be noted that Article 4 may not be subject to derogation under Article 15 of the Convention in time of war or other public emergency threatening the life of the nation.⁴⁹

Paragraph 2 of Article 4 of the Protocol envisages two main reasons for the reopening of the case in accordance with the law to be possible: 1) if there is evidence of new or newly discovered facts, or 2) if there has been a

⁴⁴ *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09 [GC], ECHR 2013.

⁴⁵ *Allen v. the United Kingdom* [GC], no. 25424/09 [GC], § 105, ECHR 2013.

⁴⁶ OLIVER P., BOMBOIS T. « Ne bis in idem » en droit européen : un principe à plusieurs variantes // *Journal de droit européen*, 20e année, n° 193 (nov. 2012), p. 266.

⁴⁷ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, p. 1408.

⁴⁸ JIRUŠKOVÁ I. *Aplikace zásady ne bis in idem v trestním právu*. URL: https://is.muni.cz/th/52940/pravf_r/APLIKACE_ZASADY_NE_BIS_IN_IDEM_V_TRESTNIM_PRAVU.txt.

fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.⁵⁰

The question of the “new or newly discovered facts” was subject to the Court’s study in the case of the *Nikitin v. Russia*.⁵¹ It concerned the supervisory review proceedings conducted after the final acquittal of the applicant. The Court observed that the applicant was not “tried again” as the supervisory review could be considered as a re-opening of a finally decided criminal case on the grounds of new or newly discovered evidence, which was in accordance with Article 4 § 1 of Protocol No. 7.⁵² In the same case, the Court furthermore dealt with the relation between this Article and Article 6 of the Convention in view of the fact that *ne bis in idem* is one of the fair trial guarantees. The Court reiterated: “The mere fact that the institution of supervisory review as applied in the present case was compatible with Article 4 of Protocol No. 7 is not, however, sufficient to establish compliance with Article 6 of the Convention.”⁵³

The second exception envisaged in paragraph 2 of Article 4 of Protocol No. 7 was a reason of founding no violation in the case of *Marguš v. Croatia*.⁵⁴ The applicant was a member of the Croatian army. A first set of criminal proceedings was brought against him in 1993 in connection with a number of serious offences against civilians, including murder. Those proceedings were

⁴⁹ Paragraph 33 of the Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

⁵⁰ HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. Law of the European Convention on Human Rights. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 751.

⁵¹ *Nikitin v. Russia*, no. 50178/99, ECHR 2004-VIII.

⁵² *Fadin v. Russia*, no. 58079/00, § 32, 27 July 2006.

⁵³ *Nikitin v. Russia*, no. 50178/99, § 54, ECHR 2004-VIII and KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, p. 1408.

⁵⁴ *Marguš v. Croatia*, no. 4455/10, 13 November 2012.

terminated under an amnesty act. In 2007 the county court convicted him of war crimes against the civilian population. The offences set out in the applicant's indictment in 1993 corresponded to those described in the county court's judgment in 2007. Judging this case, the Court took into account the rule that granting an amnesty in respect of crimes against humanity, war crimes and genocide is prohibited by international law. It concluded that the grant of an amnesty to the applicant in respect of acts which had been characterised as war crimes against the civilian population had amounted to a fundamental defect in the proceedings within the meaning of the second paragraph of Article 4 of Protocol No. 7, justifying the reopening of the proceedings.

As a key judgment, the Grand Chamber case of *Sergey Zolotukhin v. Russia* establishes the main rules in applying Article 4 of Protocol No. 7.⁵⁵ The Court reiterated that this Article contains three distinct guarantees and provides that no one shall be 1) liable to be tried, 2) tried or 3) punished for the same offence. The circumstances of the case may be summarized as follows. Mr Zolotukhin was arrested for bringing his girlfriend into a military compound without authorization. The local court convicted him of "minor disorderly acts" under Article 158 of the Russian Code of Administrative Offences and sentenced him to three days of detention. Subsequently, criminal proceedings were brought against him in relation to the same events. Although the applicant had eventually been acquitted, it made no difference for the Court as the same offence was prosecuted twice. Therefore, there has been a violation of Article 4 of Protocol No. 7.

⁵⁵ *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009.

Autonomous meaning of the notion “criminal proceedings” in the Convention may also include administrative procedures. In view of the severity of the penalty (three days’ detention) in the case of *Zolotukhin v. Russia*,⁵⁶ the applicant’s administrative conviction fell within the ambit of a “penal procedure” for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. The Court applied this meaning also in the case of *Khmel v. Russia*.⁵⁷ The applicant was convicted of “persistent refusal to obey police orders” and “minor disorderly acts” in administrative proceedings which are to be assimilated to “penal procedure” within the autonomous Convention meaning of that term. After his conviction had become final, criminal charges relating to the same set of factual circumstances were brought against him and he was convicted again in the proceedings that followed. Accordingly, Article 4 of Protocol No. 7 was breached.

A great contribution of the judgment in the case of *Zolotukhin v. Russia*⁵⁸ amounted to determining the notion “same offence”. In its previous practice, the Court had adopted a variety of different approaches, placing the emphasis on identity of the facts irrespective of their legal characterisation,⁵⁹ on the legal classification as the same set of facts could give rise to different offences,⁶⁰ or on the existence of essential elements common to both offences.⁶¹ The final explanation given in the present case is that Article 4 of Protocol No. 7 should be understood as prohibiting the prosecution or trial of an individual for a second offence in so far as it arose from identical facts or

⁵⁶ *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009.

⁵⁷ *Khmel v. Russia*, no. 20383/04, § 63, 12 December 2013.

⁵⁸ *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], no. 14939/03, ECHR 2009.

⁵⁹ *Gradinger v. Austria*, 23 October 1995, Series A no. 328-C.

⁶⁰ *Oliveira v. Switzerland*, 30 July 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.

facts that were “substantially” the same as those underlying the first offence. This guarantee comes into play when a new set of proceedings is instituted after a previous acquittal or conviction has obtained the force of *res judicata*.

Equality between spouses

The last substantive provision of Protocol No. 7 provides for the equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution. This provision excludes the period preceding marriage and does not apply to conditions of capacity to enter into marriage provided by national law.⁶²

The rights and responsibilities of spouses under Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention are of a private law character; therefore, this article does not apply to other fields of law, such as administrative, fiscal, criminal, social, ecclesiastical or labour laws.⁶³

With the member states being free to take necessary measures in the interests of the child, they enjoy a wide margin of appreciation in the area of child care. National courts are free to apply provisions of domestic law, if they are not discriminatory in their nature.⁶⁴ Non-consignment of a child to the father’s care does not mean “anti-fathers” discrimination.⁶⁵ A similar approach is taken by the Court in cases concerning adoption.

⁶¹ *Franz Fischer v. Austria*, no. 37950/97, 29 May 2001.

⁶² HARRIS, D.J., O’BOYLE, M., BATES, E.P., BUCKLEY, C.M. *Law of the European Convention on Human Rights*. — 2nd ed., Oxford; New York: Oxford University Press, 2009, p. 754.

⁶³ Paragraph 35 of the Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention. URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/117.htm>.

⁶⁴ *Iosub Caras v. Romania*, no. 7198/04, § 57, 27 July 2006.

⁶⁵ *Maršálek v. the Czech Republic*, no. 8153/04, § 77, 4 April 2006.

In the case of *Chepelev v. Russia*,⁶⁶ relying on Article 5 of Protocol No. 7, the applicant complained about the domestic authorities' decision to allow his daughter to be adopted without his consent. The Court noted that Mr Chepelev had not seen his daughter since she was two years old, which is more than three years before her adoption had been granted. On the other hand, the adoptive father had close ties with the daughter of the applicant as they had been living together for almost three years by the time she was adopted. Moreover, the girl considered him to be her father. With regard to that there had been no indication that the domestic authorities had arbitrarily come to their decisions, the Court held unanimously that there had been no infringement of Article 5 of Protocol No. 7.

The case of *D.D. v. France*⁶⁷ concerned the exequatur of a foreign unilateral divorce judgment. Though the case was finally struck out of the list of cases of the Court, it set an example for possible violations of the Article. In the present case it was noted that a decision which recognizes unilateral repudiation by the husband without giving legal effect to any challenge by the wife is contrary to the principle of equality between spouses on the dissolution of a marriage, as recognized by Article 5 of Protocol No. 7 to the Convention.⁶⁸

The need to take into account the interest of children is also related to the judgments and decisions under Articles 8 and 14 of the Convention. In a number of cases where the Court found a violation of Article 8, it decided that complaints under Article 5 of Protocol No. 7 of the Convention need not

⁶⁶ *Chepelev v. Russia*, no. 58077/00, 26 July 2007.

⁶⁷ *D.D. v. France* (striking out), no. 3/02, 8 November 2005.

⁶⁸ *D.D. v. France* (striking out), no. 3/02, § 27, 8 November 2005.

be examined separately.⁶⁹ As for Article 14 (principle of non-discrimination), the Court has repeatedly maintained that the distinction must be based on an objective and reasonable justification. Nevertheless, applicants have to prove that there has been discrimination, for example on grounds of sex.⁷⁰

The rights of legal persons under Protocol No. 7 to the Convention

In accordance with Article 7 of Protocol No. 7 the provisions of Article 1 to 6 of this Protocol shall be regarded as additional Articles to the Convention. Right to individual petition pursuant to Article 34 of the Convention is applicable to physical and legal persons. However, in the view of the nature of the latter, it may not enjoy all the rights set forth in the Convention. The title of Article 1 of Protocol No. 7 to the Convention “Procedural safeguards relating to expulsion of aliens” for instance shows that this provision cannot be violated in respect of business entities. It is equally clear that legal persons are not able to conclude marriage. Nevertheless, it remains ambiguous whether the criminal proceedings can be instituted against legal entities.

For many years, the theory of criminal law denied the possibility of corporate criminal liability. In some countries, such as Russia, Germany and Turkey, this tradition is still alive. Nonetheless, criminal liability of legal persons is currently implemented in forty one of forty seven Council of Europe member states.⁷¹ The national law of the United Kingdom and the

⁶⁹ *Kaplan v. Austria*, no. 45983/99, § 37, 18 January 2007 and *Reslová v. the Czech Republic*, no. 7550/04, § 68, 18 July 2006.

⁷⁰ *Maršálek v. the Czech Republic*, no. 8153/04, § 75, 4 April 2006.

⁷¹ TYMOFEYEVA, A. Some guarantees regarding criminal proceedings applicable to non-governmental organizations: Protocol no. 7 to the European convention on human rights// // Czech Yearbook of Public
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

Netherlands envisaged corporate criminal liability in the first half of the 20th century, but for the majority of the states this legal norm was adopted around the turn of the millenium. Ukraine accepted such a liability of legal persons only in 2013 by Law No. 314-VII,⁷² which will come into force on 1 September 2014. Russia follows the Ukraine in this agenda, and the Russian authorities already prepared a draft law on the subject similar to the Ukrainian one.⁷³

Taking into account all the above-mentioned, it is possible to conclude that legal persons may enjoy the following guarantees under Protocol No. 7: the right to appeal in criminal matters (Article 2), the right to compensation for wrongful conviction (Article 3), and the right to not be tried or punished twice (Article 4).

For the first time in the history of the Court, it held that there had been a violation of the right of legal person under Protocol No. 7 in the case of *Grande Stevens and Others v. Italy*⁷⁴ on 4 March 2014. The applicants in the present case were two Italian companies, Exor s.p.a. and Giovanni Agnelli & C. s.a.s., their chairman (Gianluigi Gabetti), the authorised representative of Giovanni Agnelli (Virgilio Marrone), and a lawyer the Agnelli group (Franzo Grande Stevens) called together “the applicants”. The Court unanimously ruled that there had been a violation of Article 4 of Protocol No. 7 in respect

and Private International Law (Ceská ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého, Vol. 4. — Praha: Česká společnost pro mezinárodní právo), 2013, p. 160-161.

⁷² Law of Ukraine No. 314-VII of 23 May 2013 On changes to some legal acts of Ukraine. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/314-18>.

⁷³ Александр Бастрыкин: Конфискация как мера наказания является самой действенной для предупреждения коррупции // Rossijskaja gazeta, 21 January 2014. URL: <http://www.rg.ru/2014/01/21/bastrykin.html>.

⁷⁴ *Grande Stevens and Others v. Italy*, nos. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 March 2014.

of them. In addition, it required that the respondent state is to ensure that the new criminal proceedings brought against the applicants, in violation of Article 4 of Protocol No. 7, were closed as rapidly as possible. The case concerned the issue of the administrative penalty imposed on them by the Stock Exchange Commission and the criminal proceedings to which they are currently subject after having been accused of market manipulation in the context of a financial operation involving the car manufacturer FIAT. Since the possible administrative fine amounted to 5 million Euros together with the confiscation of goods, the Court came to conclusion that this sanction is rather “criminal”.⁷⁵ Following the test of *Zolotukhin*, the Court held that this Article does not allow prosecuting twice for the same offence.

Although this was the first case where the Court confirmed the applicability of this provision to legal persons, such a hypothesis already existed in the works of legal theorists.⁷⁶ The issue under Article 2 of Protocol No. 7 was previously raised by the applicants in the case of *Siglfirðingur ehf v. Iceland*.⁷⁷ The applicant company complained of a violation of its right to have its conviction or sentence reviewed by a higher tribunal, as it has not been able to obtain a review by a superior court of the fine imposed. The Court was not able to rule on the subject, because the parties reached a friendly settlement agreement and the case was struck from the Court’s list. A few other companies relied on this Article in their submissions, but the Court declared their applications inadmissible on different reasons, such as

⁷⁵ Ibid., § 99.

⁷⁶ OLIVER P., BOMBOIS T. « Ne bis in idem » en droit européen : un principe à plusieurs variantes //Journal de droit européen, 20e année, n° 193 (nov. 2012), p. 268.

⁷⁷ *Siglfirðingur ehf v. Iceland* (friendly settlement), No. 34142/96, 30 May 2000.

no appearance of a breach,⁷⁸ or because the legal person did not take part in the proceedings in question.⁷⁹

As regards violation of Article 3 of Protocol no. 7 in respect of legal persons, no judgment has held a breach of this provision yet. In the case of *Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. the Netherlands*,⁸⁰ the Court could have possibly reached such conclusion. However, Netherlands had not ratified Protocol No. 7; therefore, the application was declared incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention.

The most frequently invoked article of Protocol No. 7 is Article 4, but, as it was said, the first judgment declaring a violation of this provision in respect of a business entity was taken in March 2014. Other applications where the companies relied on this Article were dismissed by the Court. Among the main reasons for dismissal are the non-exhaustion of domestic remedies,⁸¹ no appearance of a violation,⁸² that the legal person was not a party to the proceedings,⁸³ or the fact that the two offences were entirely separate with different essential elements.⁸⁴

Conclusions: results after 30 years

The analysis of the substantial provisions of Protocol No. 7 to the Convention shows that notwithstanding the fact that they are less known, the rights envisaged by them are invoked by applicants in a quite considerable

⁷⁸ *OOO Torgovyi Dom "Politeks" v. Russia* of 3 July 2003, Application no. 72145/01 and *Fortum Oil and Gas Oy v. Finland* (dec.) of 12 November 2002, Application No. 32559/96.

⁷⁹ *Falgest s.r.l. and Others v. Italy* of 30 April 2013, Application No. 19029/11.

⁸⁰ *Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. the Netherlands*, No. 46300/99, ECHR 2004-X (extracts)

⁸¹ *K.S. and K.S. AG v. Switzerland* (dec.), No. 19117/91, 12 January 1994.

⁸² *Saarekallas OÜ and Others v. Estonia* (dec.), No. 11548/04, 15 May 2006.

⁸³ *Mihai Gângă et Le Syndicat Indépendant Des Juristes De Roumanie v. Romania*, No. 28906/09, 10 April 2012.

number of applications. As a result, the practice of the Court on the subject has become relatively extensive. Moreover, in line with the principle *iura novit curia*, the Court decided to pronounce a violation of Article 1 of Protocol No. 7 even when the applicants did not rely on this provision. For 30 years of existence of the Protocol the Court had a possibility to rule on each material article of it.

Protocol No. 7 contains five main guarantees, which are 1) the right of aliens to procedural guarantees in the event of expulsion from the territory of a State (Article 1); 2) the right of a person convicted of a criminal offence to have the conviction or sentence reviewed by a higher tribunal (Article 2); 3) the right to compensation in the event of a miscarriage of justice (Article 3); 4) the right not to be tried or punished in criminal proceedings for an offence which has already led to an acquittal or conviction (*ne bis in idem*) in Article 4 and 5) equality of rights and responsibilities as between spouses (Article 5). These guarantees, however, do not apply to natural and legal persons to the same extent.

In view of the status of business entities, they do not enjoy the rights set forth in Articles 1 and 5 of Protocol No.7. Moreover, the case-law of the Court in relation to legal persons is not extensive. The first judgment where the Court found a violation of the provisions of Protocol No.7 in respect of legal entity, was issued only in March 2014. This was the case of *Grande Stevens and Others v. Italy*,⁸⁵ where the Court recognized a breach of Article 4 of Protocol No.7 to the Convention. Such a situation can be explained by the fact that the

⁸⁴ *Synnelius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden* (dec.), No. 44298/02, 17 June 2008.

⁸⁵ *Grande Stevens and Others v. Italy*, nos. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 March 2014.

institute of criminal liability of legal persons has come into being rather recently. Many contracting parties adopted corresponding legislation only after 2000. Therefore, not many applicants-legal persons had a chance to lodge their complains with the Court. In addition, not all the Council of Europe member states ratified this Protocol. The states with the longest tradition of the corporate criminal liability are not the parties to the Protocol. Furthermore, the legislation of not all the countries envisages a possibility of corporate criminal liability. Russia, as the biggest country of the Council of Europe, did not do so yet.

ЧАСТЬ III. ТРИБУНА МОЛОДЫХ УЧЁНЫХ

О ТАМОЖЕННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ВЬЕТНАМА

НГУЕН ТХИ ТХУИ*

***Аннотация:** в статье исследуются таможенное законодательство Вьетнама, и именно нормативно — правовые акты, регулирующие таможенные отношения; анализируются основные законы и подзаконные акты в таможенной сфере; описаны основные положения настоящего таможенного законодательства Вьетнама.*

***Ключевые слова:** таможенное право Вьетнама, таможенное законодательство Вьетнама, характеристика таможенного законодательства, таможенные нормативно — правовые акты, роль Правительства Вьетнама в области таможенного дела, акты Министерств в таможенной сфере, Главное Таможенное Управление.*

CUSTOMS LEGISLATION OF VIETNAM

NGUYEN THI THUY*

* Аспирантка кафедры международного и европейского права ВГУ.

* Postgraduate student of the VSU's chair of international and european law.

Abstract. *The article examines the customs legislation of Viet Nam, and is normative—legal acts regulating custom relations; analyzes the basic laws and regulations in the customs area; describes the main provisions of the customs legislation of Viet Nam.*

Keywords: *customs law of Viet Nam, customs legislation of Viet Nam, characteristic of the customs legislation, customs regulations — legal acts, the role of Government in the field of customs, acts of ministries in the customs area, General Department of customs.*

Таможенное законодательство — это совокупность нормативных актов и международных договоров, соблюдение которых обеспечивается таможенными службами в области ввоза, вывоза и транзита товаров и которые касаются взимания таможенных пошлин и других сборов либо определяют меры по запрету, ограничению и контролю перемещения товаров через государственные границы.

Во Вьетнаме после дня полного освобождения Севера в 1954 году Правительство Демократической Республики Вьетнам издало постановление № 03 «О таможенных правилах» от 27 февраля 1960 г.¹ Постановление установило таможенные функции и задачи, таможенные процедуры, таможенный контроль, таможенный мониторинг товаров, транспортных средств экспорта и импорта.

¹ Официальный сайт Юридической Библиотеки.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://thuvienphapluat.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн.

В начальном периоде формирования рыночной экономики, характеризовавшемся нестабильностью, отсутствием правовой базы по смежным отраслям законодательства, в частности, банковскому, валютному, бюджетному, а также отсутствием практики работы таможенных органов, оправдывало отнесение практических механизмов ведения таможенного дела на подзаконный, преимущественно ведомственный уровень нормативного регулирования. Именно эти нормативные акты, а не законы определяют на сегодняшний день порядок таможенного оформления, сроки нахождения товаров в процессе таможенного оформления, таможенные режимы, вопросы уплаты таможенных платежей.

20 февраля 1990 г. Государственный Совет издал новое постановление² для замены постановления № 03. Новое постановление определяло обновления о экономике Вьетнама в таможенной сфере. Оно указывало таможенные функции, задачи, организационные структуры и концентрировало о правилах таможенных процедур, таможенного контроля, таможенного мониторинга. 33 статьи таможенного постановления устанавливали нормы о таможенных процедурах, таможенном контроле, таможенном мониторинге товаров, багажа и транспортных средств экспорта и импорта. Таможенное постановление от 20 февраля 1990 г. является важной основной правовой базой в государственном управлении о таможне. Оно сыграло важнейшую роль в таможенном управлении, создало положительные условия в защите и развитии внутреннего производства и в увеличении

² Нгуен Дык Винь. Таможенная процедура в экспорте и импорте товаров: учебник. — Ханой, 2003г., с. 11

доходов государственного бюджета, активно воздействовало на сферу внешнеэкономических связей.

Для обеспечения постановления Совет Министров (далее Правительственный Совет) издал постановление №171 от 27 мая 1991 г.³ вместе с правилами о таможенных процедурах и таможенных сборах.

Однако после издания Конституции 1992 года⁴ и его требовалось привести в соответствие с политикой развития внешнеэкономического связи государства. Другая проблема заключалась в исполнении международных договоров об упрощении таможенных процедур, которые Вьетнам подписал.

По этим причинам 29 июня 2001 года Национальным Собранием СРВ был принят Таможенный Закон⁵. Закон вступил в силу с 1 января 2002 года.

19 мая 2005 Национальное Собрание принял Закон о внесении изменений и дополнений в ряд статей Таможенного Закона⁶. Этот Закон устанавливает понятие "таможенной территории". Таможенная территория СРВ включает в себя районы, находящиеся на территории Социалистической Республики Вьетнам; районы, находящиеся в исключительной экономической зоне СРВ и на континентальном шельфе СРВ искусственные острова, установки и сооружения над

³ Официальный сайт Юридической Библиотеки.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://thuvienphapluat.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн.

⁴ Официальный сайт Отчественного фронта Вьетнама.-Электрон. тестовые дан., 2015, — Режим доступа: <http://www.mattran.org.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн.

⁵ Таможенный кодекс СРВ от 29.06.2001г. №29/2001/QН10 (принят Национальным Собранием СРВ).// Официальный интернет-портал Министерства Юстиции СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://moj.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

⁶ Официальный интернет-портал Министерства Юстиции СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://moj.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

которыми СРВ осуществляет юрисдикцию в соответствии с законодательством СРВ.

Для реализации Таможенного Закона Правительство издает постановление № 154 от 15 декабря 2005 г. «О конкретных правилах некоторых статей Таможенного Закона в таможенных процедурах, контроле, таможенном мониторинге»⁷. Министерство финансов и Главное Таможенное Управление СРВ тоже издают некоторые циркуляры, решения⁸.

В СРВ к Таможенному Закону в 2014 году были приняты поправки⁹, которые вступили в силу 1 января 2015 года.

Таможенное законодательство СРВ состоит из Таможенного закона и принятых в соответствии с ним иных законов и подзаконных актов. В настоящее время таможенное законодательство СРВ включает в себя: а) Таможенный Кодекс, б) Коммерческий Кодекс¹⁰ (он регулирует деятельность международной купли — продажи товаров, в том числе экспорт, импорт, временный ввоз для реэкспорта и временный вывоз для реимпорта, передача экспорта; и деятельность по поручению и получению поручения экспорта и импорта), в) Закон об

⁷ Официальный интернет-портал Министерства Юстиции СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://moj.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

⁸ Нгуен Дык Винь. Таможенная процедура в экспорте и импорте товаров: учебник. — Ханой, 2003г., с. 15

⁹ Официальный сайт Таможни Вьетнама. — Электрон. тестовые дан., 2015, — Режим доступа: <http://www.customs.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

¹⁰ Официальный интернет-портал Министерства Юстиции СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://moj.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

налоге экспорта и импорта от 14 июня 2005 года¹¹, г) Закон о управлении налогом 2006 года¹².

Таможенный Закон определяет основы таможенного дела в СРВ и направлен на защиту экономического суверенитета и экономической безопасности, активизацию связей вьетнамской экономики с мировым хозяйством, обеспечение защиты прав граждан, хозяйствующих субъектов и государственных органов и соблюдение ими обязанностей в сфере таможенного дела.

Таможенный закон СРВ составляет правовую основу внешнеэкономической деятельности и организации таможенного дела в СРВ, реально сближающий отечественное законодательство с мировой практикой.

Новый Таможенный Закон, вступивший в силу 1 января 2015 года, имеет большое значение в настоящей ситуации. Он является комплексными обновлениями таможенной деятельности для создания условия применения современных таможенных управлений в соответствии с международной практикой; для защиты интересов суверенитета и государственной безопасности; он способствует привлечению иностранных инвестиций и повышению конкурентоспособности внутренних и международных компаний; способствует экономическому росту.

Важные содержания Таможенного Закона 2014 представляют собой: применение, объекты применения; таможенную политику;

¹¹ Официальный сайт Министерства Промышленности и торговли СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://www.moit.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

¹² Официальный интернет-портал Правительства СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://www.chinhphu.vn/> — — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

принципы применимые международные договоры, обычные международные практики, связанные с таможней; международное сотрудничество в области таможенного дела; рабочую зону таможни; модернизацию таможенной администрации; координацию в таможенном деле; контроль за осуществлением таможенного законодательства, запрещенные таможенные акты; функции и таможенную организацию; таможенную процедуру, режим контроля, таможенный надзор; организованный сбор, налог и другие доходы экспорта и импорта товаров; борьбу с контрабандой и незаконной перевозкой товаров через границу; таможенную информацию и статистику экспорта и импорта товаров; государственное таможенное управление.

В таможенное законодательство СРВ входят и другие законы, в той или иной степени, регулирующие таможенно–правовые отношения. Комплексный характер таможенных правоотношений обуславливает использование в качестве источников таможенного законодательства правовых норм, содержащихся в законодательных актах ряда иных отраслей вьетнамского права: административного, гражданского, уголовного, финансового, трудового, земельного, и др..

Таможенные отношения могут регулироваться также указами Председателя, постановлениями Правительства, циркулярами и решениями Министерства финансов, и других Министерств государства и решениями Главного таможенного управления.

Правительство СРВ осуществляет нормотворческую деятельность в области таможенного дела. Оно издает по этим вопросам различные нормативные акты, утверждает различные правила и другие виды актов

в данной сфере. Нормативным являются, например, постановление Правительства «О классификации товаров для экспорта и импорта» 2003 г.¹³, «О положении для определения таможенной стоимости экспортных и импортных товаров» от 16 марта 2007 г.¹⁴, «Об электронном таможенном оформлении торговых экспортных и импортных товаров»¹⁵ и «О поставке, добыче, переработке, использовании информации о пассажирах перед входом во Вьетнам через авиацию» от 09 апреля 2011 г.¹⁶, «О правилах географических районов таможенной деятельности и ответственности в координации, предотвращении контрабанды, незаконной транспортировки товаров через границы» от 02 января 2015 г.¹⁷

Министерство финансов СРВ издают некоторые важные циркуляры, решения. Например, циркуляр № 74 «О руководствах о таможенных процедурах, контроле, таможенном мониторинге, налоге экспорта и импорта, управлении налогом товаров экспорта и импорта» от 20 апреля 2009 г.¹⁸ ; циркуляр № 222 «О руководстве электронных таможенных процедур» от 25 ноября 2009 г.¹⁹; циркуляр № 128 2013 года «О таможенных процедурах, инспекции и надзоре, экспортной и импортной пошлине и управлении налогом для экспортных и

¹³ Официальный интернет-портал Министерства Юстиции СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://moj.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

¹⁴ Официальный интернет-портал Таможенного Отдела провинции Лао Кай.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://laocai.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн.

¹⁵ Официальный интернет-портал Министерства Финансов СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://www.mof.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

¹⁶ Официальный интернет-портал Министерства Юстиции СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://moj.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

¹⁷ Официальный сайт Юридической Библиотеки.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://thuvienphapluat.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн.

¹⁸ Официальный сайт Таможни Вьетнама. — Электрон. тестовые дан., 2015, — Режим доступа: <http://www.customs.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

импортных товаров»²⁰; циркуляр № 22/2014 «О руководстве таможенных процедур при использовании электронной системы VNACCS»; циркуляр № 156/2011 «О списке товаров Вьетнама для экспорта и импорта»; циркуляр №164/2013 «Об тарифах экспорта и импорта, льготных тарифах»²¹; циркуляр №162/2011 «Об льготных импортных тарифах»²² и т.д.

Министерство промышленности и торговли, министерство транспорта, министерство сельского хозяйства и развития сельских районов, министерство здравоохранения, министерство науки и технологии издают много актов в области регулирования таможенного дела.

Постоянный Комитет Национального Собрания издает постановления и резолюцию о таможне. В их числе: постановление № 42 «О самообороне в отношении импорта иностранных товаров во Вьетнам» от 25 мая 2005 г., постановление № 41 «О наибольшем благоприятствовании и национальном режиме в международной торговле» от 25 мая 2005 г., резолюция № 977 «Об выдаче экспортных пошлин по категории налогооблагаемых товарных групп и ставки налога для каждой товарной группы» от 13 декабря 2005 г.

Главное Таможенное Управление является органом Министерства финансов, выполняет функции консультирования и помощи министра финансов в государственном управлении о таможне. Оно также издает

¹⁹ Официальный интернет-портал Правительства СРВ.-Электрон. тестовые дан., 2015. — Режим доступа: <http://www.chinhphu.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

²⁰ Официальный сайт Таможни Вьетнама. — Электрон. тестовые дан., 2015, — Режим доступа: <http://www.customs.gov.vn/> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн./Англ.

²¹ Официальный сайт Центральной базы нормативно-правовых актов СРВ. — Электрон. тестовые дан., 2015, — Режим доступа: <http://vbpl.vn> — загл. с экрана. — Яз. Вьетн.

²² <http://vndoc.com>.

много решений в таможенной сфере. Например решение №1171/QĐ-TCHQ «О правилах процесса таможенных процедур для экспорта и импорта торговых товаров» от 15 июня 2008г. Это решение заменило решение №874/QĐ-TCHQ от 15 мая 2006г. и решение №1951/QĐ-TCHQ от 19 декабря 2002г.; решение №928/QĐ-TCHQ «О процессе управления импортным сырьем для производства экспортных товаров» от 25 мая 2006г.; и др.

Таким образом, в настоящее время таможенное законодательство СРВ регулирует отношения в области таможенного дела, в том числе отношения по установлению порядка перемещения товаров и транспортных средств через таможенную границу, отношения, возникающие в процессе таможенного оформления и таможенного контроля, обжалования актов, действий (бездействия) таможенных органов и их должностных лиц, а также отношения по установлению и применению таможенных режимов, установлению, введению и взиманию таможенных платежей.

ЕВРОПЕЙСКИЙ СОВЕТ

СИНЬАРИ ПЕТРО*

***Аннотация.** Высший политический орган Европейского союза, состоящий из глав государств и правительств стран-членов ЕС. Членами Европейского совета являются также его Председатель, избираемый на 2,5 года, и председатель Еврокомиссии. Был создан в 1952 г. как Особый совет министров в рамках Европейского объединения угля и стали. Членом Европейского Совета является также Президент Европейской Комиссии. Европейский Совет всегда был высшей политической инстанцией Европейского Союза, а после ратификации Лиссабонского договора приобрел официальный статус его института.*

***Ключевые слова:** Европейский Совет, Европейский Союз, Европарламент, Комиссия Европейского Союза, Совет Европейского Союза, Счетная палата, Акты Европейского совета, Председатель Совета, Генеральный секретарь, Лиссабонский договор, Европейский Суд, Голосования с квалифицированным большинством.*

EUROPEAN COUNCIL

PETRO SINJARI*

* Магистр кафедры международного и европейского права ВГУ.

* Master-student of the VSU.

Abstract. *The highest political body of the European Union, composed of the heads of states and governments of EU member states. Members of the European Council is also its President, elected for 2.5 years, and the European Commission president. Was established in 1952 as a special Council of Ministers in the framework of the European Coal and Steel Community. Member of the European Council is also the President of the European Commission. The European Council has always been the highest political body of the European Union, and after the ratification of the Lisbon Treaty has acquired the official status of its institutions.*

Keywords: *European Council, European Union, European Parliament, European Commission, Council of the European Union, European Court of Auditors, Acts of the European Council, President of the Council, The Secretary General, The Lisbon Treaty, European Court of Justice, Qualified Majority Voting.*

В первые периоды существования Европейского сообщества большинство решений Совета требовали единогласного решения. Постепенно все большее применение приобретает способ принятия решений квалифицированным большинством голосов. При этом каждому государству принадлежит определённое число голосов в зависимости от его населения и экономического потенциала. В 1973 г. Комитет борьбы за Соединенные Штаты Европы, возглавляемый Ж. Монне, с целью ускорения интеграционного процесса (который

находился в ту пору в некоторой стагнации, «застое») предложил создать в ЕС еще один руководящий орган в составе первых лиц государств-членов. Назвать его предполагалось «Временное европейское правительство». Проект Ж. Монне был с энтузиазмом принят (особенно большую поддержку он получил со стороны руководителей Франции и ФРГ Ж. Помпиду и Г. Шмидта). Однако предложенный вариант названия был отклонен (отчасти из-за сопротивления британского правительства, но в основном потому, что оно не отвечало реальному статусу данного органа). Так, в 1974 г. был создан Европейский совет один из важнейших органов Европейского Союза, который не следует отождествлять с Советом Европейского Союза главным законодательным институтом, равно как и с Советом Европы самостоятельной международной организацией. Место в системе органов Европейского Союза. Главным источником правового статуса Европейского совета является Договор о Европейском Союзе, в ст. 4 которого закреплены его состав, функции, порядок работы и отчетности перед Европарламентом.

Данная статья содержится в первом разделе учредительного договора Союза, распространяющейся на все его структурные компоненты (опоры). Соответственно Европейский совет выступает как орган Европейского Союза в целом, охватывающий своей деятельностью сразу все три опоры. Этим он отличается от рассмотренных выше Европарламента, Совета, Комиссии, Суда и Счетной палаты, которые в первую очередь институты Европейских сообществ (т.е. первой опоры) и лишь затем (с 1993 г.) признаны руководящими органами для всего Союза. Согласно вышеупомянутой

ст. 4 «Европейский совет дает Союзу побудительные импульсы, необходимые для его развития, и определяет общие политические ориентиры»¹.

Акты Европейского совета не имеют обязательной юридической силы поэтому данный орган не относится к числу институтов Европейского Союза. Вместе с тем в силу своего «высокого» состава первые лица государств членов и глава Комиссии Европейский совет оказывает очень большое воздействие на политический курс Европейского Союза в целом и всех его стран в отдельности. Европейский совет является прежде всего высшим органом политической координации на уровне Европейского Союза и в этом качестве он напоминает аналогичные органы нашей страны: Совет Федерации бывшего СССР (в составе Президента и глав союзных республик) и недавно воссозданный Государственный совет России (в составе Президента РФ и руководителей государств и государственных образований субъектов Российской Федерации). Местонахождением Европейского совета с 2003 г. является г. Брюссель. До этого он заседал на территории государств-членов, занимающих пост Председателя Совета Европейского Союза. Главным источником правового статуса Европейского совета является Договор о Европейском Союзе, в ст. 4 которого закреплены его состав, функции, порядок работы и отчетности перед Европарламентом. Европейский совет самый «неформальный» орган Европейского Союза. У него нет структурных подразделений и собственного аппарата, четких правил процедуры, зафиксированных в

¹Кашкин С.Ю., Калиниченко П.А., Четвериков А.О. Введение в право Европейского Союза: учебник. — М., 2010.

учредительных договорах, внутреннем регламенте и т.д. В соответствии с упоминавшейся выше ст. 4 Договора о Европейском Союзе Европейский совет работает в сессионном порядке, т.е. не является постоянно действующим органом (что вполне естественно из-за его состава). Ежегодно проводятся как минимум две сессии Европейского совета, хотя на практике их обычно больше. В последние годы установилась традиция проводить по четыре сессии Европейского совета в год: две в первом семестре и столько же во втором. Все они рассматриваются как очередные (т.е. планируются заранее). Совет ЕС является форумом, в котором совместно с Европейским парламентом утверждаются правовые акты ЕС, и представители стран-участниц защищают свои национальные интересы. В этих форумах достигается компромисс между интересами всего ЕС и отдельных стран участниц, которые нередко сильно отличаются. Совет ЕС координирует экономическую политику государств-членов. Совет ЕС определяет и реализует Общую внешнюю политику и политику безопасности ЕС, на основе руководящих принципов, установленных Европейским советом. Совет ЕС заключает международные соглашения между ЕС и другими государствами или международными организациями, от имени ЕС². Совет ЕС также координирует действия государств-участниц и принимает меры в области полиции и судебного сотрудничества по уголовным делам. Совет ЕС и Европейский парламент принимает бюджет ЕС. Вплоть до начала 90-х годов Совет ЕС являлся единственной законодательной институцией ЕС. В настоящий момент ситуация

² Право Европейского Союза: учебное пособие / С. Ю. Кашкин, А. О. Четвериков, П. А. Калиниченко и др. — М.: Проспект, 2011.

изменилась Совет ЕС тесно сотрудничает с Европейским парламентом в принятии большинства решений. В зависимости от вопросов, включенных в повестку дня, можно разделить различные конфигурации Совета ЕС: Совет по общим вопросам, Совет иностранных дел, Совет экономики и финансов, Совет юстиции и внутренних дел, Совет по делам занятости, социальной политики, здравоохранения и по делам потребителей, Совет по конкурентоспособности (внутренний рынок, промышленность, научные исследования и космос), Совет по делам транспорта, телекоммуникаций и энергетики, Совет по делам сельского хозяйства и рыболовства, Совет окружающей среды, Совет образования, молодежи, культуры и спорта. Каждый министр в Совет ЕС уполномочен представлять своё правительство. Иными словами, подпись министра это подпись всего правительства. К тому же, каждый министр несёт ответственность перед Европейским парламентом своей страны и её гражданами. Это обеспечивает демократическую законность принятых Советом ЕС решений. Для обеспечения эффективности работы Совета ЕС каждая страна участница, в очередном порядке, на шесть месяцев принимает на себя обязанности председателя Совета ЕС. Государство, председательствующее в ЕС (далее — президентура) играет существенную роль в организации работы институции, в частности, в содействии законодательных и политических решений. Президентура отвечает за организацию и руководство всех заседаний, в том числе многих рабочих групп. В случае острых политических кризисов и иных проблем, затрагивающих все страны Союза, возможно проведение внеочередных сессий (так

было, например, в 1992 г., когда население Дании отказалось ратифицировать Договор о Европейском Союзе)³.

В рамках ЕС Европейский совет обсуждает представленный Комиссией проект «главных ориентиров экономической политики». В окончательном виде этот документ принимает уже Совет Европейского Союза. Та же схема принятия решения, в принципе, действует в сфере политики занятости: Европейский совет ежегодно рассматривает состояние занятости в ЕС, после чего Совет Европейского Союза по предложению Комиссии разрабатывает соответствующие ориентиры».⁴

Европейский совет уполномочен принимать решение о создании «общей обороны» Союза, которое для вступления в силу нуждается в ратификации государствами-членами (ст. 17 Договора о Европейском Союзе). Министры и иные должностные лица государства-председателя руководят работой заседаний Совета Европейского Союза и его вспомогательных органов.

Председатель Совета также выступает официальным представителем Европейского Союза в целом по вопросам общей внешней политики и политики безопасности. Председателю в его работе помогает секретариат и его глава — назначаемый Советом Генеральный секретарь Совета — Высокий представитель по вопросам общей внешней политики и политики безопасности. Генеральный секретарь на нынешний момент возглавляет формируемые сейчас вооруженные силы Европы. В структуре Совета функционирует множество различных комитетов, состоящих из должностных лиц

³Артёмов В.А. Европейская интеграция: история и современность: конспект лекций / В.А.Артёмов. — Воронеж: Изд-во ВГУ, 1999.

государств-членов ЕС. Наиболее важный среди них — Комитет постоянных представителей. Он включает руководителей постоянных представителей государств-членов при Европейском Союзе (или их заместителей).⁵ В системе институтов Европейского Союза Совет — носитель, прежде всего законодательной власти, принимает самостоятельно или совместно с Европарламентом регламенты, директивы и другие правовые акты. Совет также располагает полномочиями в сфере исполнительной власти, в частности, может в определенных случаях налагать штрафы на государства-члены. К ведению Совета отнесено заключение международных договоров от имени Европейских сообществ и Союза, а также принятие других мер в рамках общей внешней политики и политики безопасности. Председательство в Совете министров осуществляется государствами-членами ЕС в порядке, единогласно определяемом Советом (обычно ротация происходит по принципу большое — малое государство, основатель — новый член и т. д.). Ротация происходит раз в шесть месяцев. В Совет входят министры иностранных дел государств-членов Европейского союза. Однако получила развитие практика созыва Совета в составе иных, отраслевых министров: экономики и финансов, юстиции и внутренних дел, сельского хозяйства и т. д. Решения Совета имеют одинаковую силу вне зависимости от конкретного состава, принявшего решение. Совет по общим вопросам занимается наиболее важными из вопросов, входящих в компетенцию Совета, он состоит из 27 министров иностранных дел государств членов. Экономика и

⁵Введение в право Европейского Союза: учебное пособие / под ред. С.Ю. Кашкина. — М.: Эксмо, 2005. Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

финансы (*Ecofin*): Состоит из министров по экономике и финансам стран-членов ЕС.⁶

Окружающая среда: Состоит из министров по охране окружающей среды, которые встречаются примерно 4 раза в году. Образование, молодёжь и культура: Состоит из министров по образованию, молодёжи и культуры, которые встречаются 3 — 4 раза в году. Подготовка вопросов, до рассмотрения их в Совете ЕС, ведётся в Комитетах постоянных представителей и рабочих группах. В обсуждении вопросов в рабочих группах участвуют эксперты центральных администраций и представительств, стран-членов ЕС. В рабочих группах все предложения проходят тщательную проверку, и в Комитет постоянных представителей передаются лишь те вопросы, о которых не достигли единогласия в рабочих группах. Согласованные вопросы, как правило, не рассматриваются Комитетом постоянных представителей. Из Комитета постоянных представителей на специальное рассмотрение Советом переходят лишь вопросы, оставшиеся открытыми в Комитете постоянных представителей. С точки зрения Совета главный упор в процессе принятия решений делается на подготовке вопросов в рабочих группах. В них представители стран членов, естественно, действуют в рамках полномочий, предоставленных их министрами. В Совете представлен один министр из каждого государства-члена. Число голосов членов Совета зависит от размера и экономического значения страны. Процедуры голосования в Совете Европейского союза описаны

⁵Договор о Европейском Союзе. Консолидированный версия / Ред-колл.: Ю.А Борко, В.Г Шемятенков, Н.Ю.Кавешников. -М.: Интердиалект, 2001.

⁶Бирюков П.Н. Международное право: учебник / П.Н Бирюков. — М.,2013.

договорами Европейского союза. Сам Совет ЕС был создан Маастрихтским договором.⁷

Процедуры голосования претерпели изменения из-за Амстердамского договора, Ниццкого договора, а также международных договоров, по которым новые члены присоединялись к ЕС. Согласно Лиссабонскому договору, который вступил в действие 1 декабря 2009, процедуры голосования Совета ЕС в очередной раз изменятся в 2014. С 1 ноября 2004 действует процедура голосования согласно Ниццкому договору. В Совет входят 27 членов — по одному от каждой страны ЕС. Решения по некоторым вопросам могут быть приняты только единогласно. К ним относятся вопросы обороны, международной политики, налогов, а также совместной работы национальных правоохранительных органов и судебных систем. Простейшие вопросы решаются простым большинством членов Совета (стран ЕС)⁸. А для большей части вопросов существует довольно сложная схема «голосования с квалифицированным большинством» (англ. *Qualified Majority Voting*), при которой разным членам Совета приписывается разное количество голосов, в зависимости от населения страны, которую они представляют.

Лиссабонский договор, который вступил в силу 1 декабря 2009, изменяет схему голосования, начиная с 2014. Договор упраздняет нынешнюю схему, при которой количество голосов членов Совета только косвенно зависит от населения стран, которых они представляют. Согласно новой схеме, квалифицированным

⁷ Бирюков М.М. Европейский Союз до и после Лиссабонского договора. — М., 2010.
Международно-правовые чтения. Выпуск 4 (15). 2014.

большинством будет считаться: не менее 55% (в некоторых случаях 72%) членов Совета ЕС, представляющих не менее 14 стран и не менее 65% населения ЕС, «за»; или не более 4 членов Совета ЕС «против».

В качестве альтернативы Лиссабонской схемы, в 2007 Польша предложила метод Пенроуза, согласно которому количество голосов члена Совета ЕС будет пропорционально квадратному корню населения страны, которую он представляет. Чехия поддержала предложение Польши; подавляющее число прочих стран ЕС не поддержало эту схему голосования. Ниццкий договор до некоторой степени расширяет возможности принятия решения квалифицированным большинством. Существует список 27 условий, по которым принцип единогласного принятия решений может быть полностью или частично заменен принципом голосования квалифицированным большинством. Ниццкий договор предусматривает существенные изменения в принципах принятия решений о расширении сотрудничества между странами ЕС (т.е. передаче права принятия решений институтам ЕС). Минимальное число голосов государств-членов Союза, требуемых для принятия решения о расширении сотрудничества, теперь равняется восьми, тогда как Договор о ЕС предусматривает, что для подобных решений необходимо получить большинство голосов государств-членов. Таким образом, минимальное число голосов государств, необходимое для расширения сотрудничества, снизится со вступлением в Союз новых стран менее чем до одной трети голосов (как было предложено Комиссией). Специальные полномочия по урегулированию

⁸Европейский Союз на пороге XXI века: выбор стратегии развития. / Под ред. Ю.А. Борко, О.В. Буториной. — М.: Эдиториал УРСС, 2001.

политических разногласий предусматривает ст. 23 Договора о Европейском Союзе. В рамках ОВПБ для актов, которые Совет Европейского Союза принимает квалифицированным большинством, государства-члены до сих пор сохраняют возможность использовать право вето, ссылаясь на «важные и четко определенные причины» национальной политики (ст. 23 Договора о Европейском Союзе). В этом случае Совет может передать спорный вопрос на рассмотрение Европейскому совету, который должен принять решение на основе единогласия (на практике консенсусом).⁹

Некоторые полномочия по урегулированию спорных ситуаций даны Европейскому совету и в области механизма продвинутого сотрудничества (ст. 40 а Договора о Европейском Союзе), т.е. в случае делегирования частью государств-членов институтам Союза дополнительной компетенции.¹⁰

Не будучи отнесен к числу институтов Союза, Европейский совет, как уже отмечалось в начале параграфа, не издает нормативных актов и других юридически обязательных решений. Это общий формальный итог работы Европейского совета. Данный орган по специальным вопросам издает также резолюции и декларации. Например, по итогам сессии в Стокгольме 23,24 марта 2001 г. Европейский совет одобрил резолюцию «О более эффективном регулировании рынков ценных бумаг в Европейском Союзе», в которой поставлена цель «ускорить законодательный процесс», т.е. процесс издания единого законодательства ЕС в данной сфере. Соответственно Европейская

⁹<http://www.coe.int/defaultDE.asp> — Европейский Совет.

комиссия «приглашена» к разработке проектов соответствующих регламентов, а Совет и Европарламент к их ускоренному принятию.

На практике в ходе работы Европейского совета все же принимаются юридически обязательные акты. Для этого Европейский совет преобразуется либо в Совет Европейского Союза (на уровне глав государств или правительств), либо в конференцию правительств государств-членов (если вопрос относится к компетенции стран ЕС).

¹⁰Энтин Л.М. О проекте Конституции Европейского Союза // Московский журнал международного права. — 2004

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-vsua@yandex.ru.

В целом к статьям предъявляются следующие требования:

1. Текст статьи должен быть предоставлен в электронном виде, на любом носителе или по электронной почте. Название файла должно содержать Ф.И.О. автора и название представляемой работы (например: Иванов И. И.-Европейский Союз.doc).

2. Сведения об авторе (соавторах) приводятся с полным указанием его (их) данных (Ф.И.О., учёное звание, учёная степень, место работы/учёбы). Текст должен также содержать аннотацию к статье и ключевые слова. Аннотация к статье не должна быть меньше 500 знаков.

3. Названия статьи, аннотации к статье, ключевых слов и сведений об авторе должны быть переведены на английский язык. Настоятельно просим вас уделить особое внимание этому пункту.

4. Для организации обратной связи мы просим указать в тексте статьи координаты автора (e-mail, номер телефона).

5. Текст представляется в формате файла с расширением .doc, шрифтом Times New Roman 14 кегля с интервалом 1,5; все поля на листе должны составлять по 2 сантиметра; сноски оформляются 10-м шрифтом.

6. Сноски указываются внизу каждой страницы. Сноски должны быть оформлены с соблюдением установленных библиографических правил.

INSTRUCTIONS FOR MANUSCRIPT SUBMISSION

Papers are accepted for publication on the Department of International and European law, VSU (By editor-in-chief—professor Pavel Biriukov or by executive editor—Dmitriy Galushko). Articles can be also sent to our e-mail: [intl@law-vs@yandex.ru](mailto:intlaw-vs@yandex.ru).

All-in-all the following requirements are applicable to the materials for publication:

1. Article`s text as an electronic document on any carrier or by e-mail. The file name should contain the author's NAME and the title of the represented article (for example: Ivanov I. I.-European Union.doc).

2. Information about the author (co-authors) with the full information of his/their data (including academic degrees, ranks and workplace), abstract, key words. Article`s abstract should not be less than 500 characters.

3. Translation of the article`s title, abstract of the article, keywords, and information about the author on the English language. We ask you to pay special attention to this point.

4. Coordinates of the author for the organization of feedback (telephone number, e-mail).

5. The text is presented in a format file with a .doc extension, font—Times New Roman, font size—14, interval—1,5, all the fields on the sheet amount to 2 centimeters; footnotes are issued 10th font.

6. Footnotes should be at the bottom of the page. Footnotes should be performed with observance of the established bibliographic rules.

Научное издание

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ЧТЕНИЯ

Выпуск 15

Доступно по адресам:

www.intern.law.vsu.ru/Международно-правовые_чтения_Выпуск_15.pdf

www.intern.law.vsu.ru/International_law_readings_Vol_15.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)