«Россия привержена принципу верховенства международного права». В. Путин

INTERNATIONAL LEGAL COURIER

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПРАВОВОЙ КУРЬЕР

Журнал о юриспруденции и международных отношениях:
НОВОСТИ, СТАТЬИ, АНОНСЫ, АНАЛИТИКА

№ 1 (25) | январь 2018

Журнал входит в перечень ВАК

16+

с. 23 **Объективная необходимость совершенствования** нормативного регулирования в обеспечении транспортной безопасности на воздушном транспорте

с. 38

Правовые аспекты сохранения коренных народов и экологии Арктики

Жительница Крайнего Севера в национальном костюме

СОДЕРЖАНИЕ

ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО В РАЗНЫХ СТРАНАХ

5 Ничтожные сделки в гражданском законодательстве России и Таджикистана: общность и специфика

Лакоценина Н.М.

13 Роль национальных судов в оспаривании и формировании международного публичного права

Райниш А.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ОБЛАСТИ ТРАНСПОРТА

23 Объективная необходимость совершенствования нормативного регулирования в обеспечении транспортной безопасности на воздушном транспорте

Ярышев С.Н., Шестернин В.В.

32 Урегулирование споров в отношении затонувших судов и грузов: международно-правовой аспект

Анисимов И.О.

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ НАЦИОНАЛЬНОЙ САМОИДЕНТИФИКАЦИИ

38 Правовые аспекты сохранения коренных народов и экологии Арктики

Глебов И.Н., Мартиросян А.Ж., Рыбаков Ю.М., Толмачев П.И., Ярышев С.Н.

44 Особенности источников современной правовой системы государства Израиль

Гинзбург М.М., Глебов И.Н., Котляр В.С., Толмачев П.И., Ярышев С.Н.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ОБЛАСТИ ЦИФРОВОГО КОНТЕНТА

48 Эволюция законодательства ЕС о защите прав потребителей цифрового контента

Мефодьева К.А.

Урегулирование споров в отношении затонувших судов и грузов: международно-правовой аспект

В силу различных биологических и физико-химических факторов, включая отсутствие кислорода, многие затонувшие объекты прекрасно сохраняются на морском дне. Благодаря изобретению в 1943 г. Эмилем Ганьяном и Жак-Ивом Кусто автоматического дыхательного аппарата, работающего на сжатом воздухе, эти объекты стали доступны для человечества.

с. 32

Особенности источников современной правовой системы государства Израиль

Как известно, каждое государство относится к той или иной правовой системе, а иногда и вовсе его правовая система носит смешанный характер. Бывает и так, что в одном государстве существует и действует сразу несколько конкурирующих правовых систем

с. 44

РЕДКОЛЛЕГИЯ

Хлестов Олег Николаевич
Председатель редакционной коллегии, профессор Дипломатической академии Министерства иностранных дел Российской Федерации, Чрезвычайный и Полномочный Посол, вице-президент Российской ассоциации международного права, заслуженный юрист Российской Федерации.
Oleg N. Khlestov
Chairman of the Editorial Board, Professor of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary, President of the Russian Association of International Law, Honored Lawyer of the Russian Federation.

Адвокат Джерардо Маротта
Президент Итальянского института философских исследований (Неаполь).
Avvocato Gerardo Marotta
Presidente dell Instituto Italiano per gli Stadi Filosofici (President of the Italian Philosopy Institute (Napoly)).

Андреева Ольга Валентиновна
Директор Департамента международного научного и образовательного сотрудничества Российского университета дружбы народов, кандидат исторических наук.
Olga V. Andreeva
Vice-Rector for International Affairs of the Russian Peoples' Friendship University, Ph.D.

Бажанов Евгений Петрович
Ректор Дипломатической академии Министерства иностранных дел Российской Федерации, доктор исторических наук, профессор, академик Всемирной экономической академии, Академии гуманитарных исследований, член Академии политических наук США, почетный доктор Народного университета (г. Пекин) и Университета Чжэнчжи (Тайвань).
Evgeny P. Bazhanov
Rector of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Doctor of Historical Sciences, Professor, Academician of the World Academy of Economics, Academy of Humanities Research, a member of the Academy of Political Sciences of the United States, an honorary doctor of the People's University (Beijing) and Chengchi University (Taiwan).

Близнец Иван Анатольевич
Ректор Российской государственной академии интеллектуальной собственности, доктор юридических наук, профессор.
Ivan A. Bliznets
Chancellor of the Russian State Academy of Intellectual Property, Doctor of Law, Professor.

Вихрян Алексей Петрович
Эксперт РАН, заместитель председателя правления межрегиональной общественной организации «Национальный комитет общественного контроля», член Союза писателей России.
Alexey P. Vikhryan
Russian Academy of Sciences Expert, Deputy Chairman of the Board for Interregional Public Organization "National Committee of Public Control", a member of the Russian Union of Writers.

Данельян Андрей Андреевич
Главный редактор печатного издания «Международный правовой курьер», заведующий кафедрой международного права Дипломатической академии Министерства иностранных дел Российской Федерации, доктор юридических наук.
Andrei A. Danelyan
Chief editor of the printed edition "International Legal Courier," Head of the International Law Department of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Doctor of Law.

Жак Ладислав
Директор Карловарского института развития (КРИ) (Чешская Республика), кандидат экономических наук.
Zhak Ladislav
The director of the Karlovy Vary Development Institute (CWI) (Czech Republic) Candidate of Economic Sciences.

Закаурцева Татьяна Алексеевна
Первый проректор, проректор по учебной работе Дипломатической академии Министерства иностранных дел Российской Федерации, доктор исторических наук, профессор, член Экспертного совета по внешней политике Совета Федерации ФС РФ.
Tatyana A. Zakaurtseva
First Vice-Rector, Vice-Rector for Academic Affairs of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, doctor of historical sciences, professor, member of the Expert Council on Foreign Relations of the Federation Council.

Землин Александр Игоревич
Доктор юридических наук, заведующий кафедрой «Транспортное право и административное право» федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московский государственный университет путей сообщения Императора Николая II».
Alexander I. Zemlin
Doctor of Law, Head of the Department «Transport Law and Administrative Law» Federal State Budget Institution of Higher Professional Education «Moscow State University of Posts Emperor Nicholas II.»

Капустин Анатолий Яковлевич
Первый заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, президент Российской ассоциации международного права, доктор юридических наук, профессор.
Anatoly Y. Kapustin
President of the Russian Association of International Law, Doctor of Laws, Professor.

Марчук Николай Николаевич
Профессор Российского университета дружбы народов, доктор исторических наук, академик РАЕН, специалист по истории конституционализма в Латинской Америке.
Nikolay N. Marchuk
Professor of the Russian Peoples' Friendship University, Doctor of Historical Sciences, Academy of Natural Sciences, a specialist in the history of constitutionalism in Latin America.

Минаев Виталий Анатольевич
Генеральный директор АНО «Международный аналитическо-исследовательский центр правовой информации», главный редактор сетевого издания «Международный правовой курьер», официальный представитель Итальянского института философских исследований в России, кандидат юридических наук.
Vitaly A. Minaev
CEO of ANO "Centr BIT RGB," member of UNESCO Chair in intellectual property, authorized representative of the Italian Institute of Philosophical Studies in Russia, Candidate of Legal Sciences.

Мишальченко Юрий Владимирович
Профессор кафедры европейских исследований Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юридических наук, доктор экономических наук.
Yury V. Mishalchenko
The European Studies Department Professor in the St. Petersburg State University, Doctor of Law, Doctor of Economics.

Моисеев Алексей Александрович
Вице-президент Российской ассоциации международного права, профессор, доктор юридических наук, доктор права Австралии.
Alexey A. Moiseev
Vice president of the Russian Association of International Law, Professor, Doctor of Law, Doctor of Australian Law.

Молчанов Виктор Федорович
Заведующий научно-исследовательским отделом рукописей Российской государственной библиотеки, доктор исторических наук.
Viktor F. Molchanov
Head of the Research Department of Manuscripts of the Russian State Library, Doctor of Historical Sciences.

Никонорова Екатерина Васильевна
Начальник Управления специальных проектов Российской государственной библиотеки, доктор философских наук, профессор кафедры управления природопользованием и охраны окружающей среды МИГСУ, РАНХиГС, член Научно-экспертного совета при Председателе Совета Федерации ФС РФ, профессор.
Ekaterina V. Nikonorova
Head of special projects of the Russian State Library, Doctor of Philosophy, Professor, Department of Environmental Management and Environmental Protection Migs, Ranh and HS, Member of the Scientific Expert Council under the Chairman of the Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation, Professor.

Петручак Лариса Анатольевна
Проректор по учебной и воспитательной работе Московского государственного юридического университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, член учебно-методического объединения по юридическому образованию вузов России.
Larissa A. Petrouchak
Vice-rector for academic and educational work of the Moscow State Law Academy, Doctor of Law, Associate Professor, Honorary Worker of Higher Professional Education of Russia, a member of the Training Association of Legal Education of Russian universities.

Россиус Андрей Александрович
Главный научный сотрудник Института философии РАН, доктор филологических наук, профессор кафедры классической филологии Института философии РАН, член Научного совета Итальянского института философских исследований.
Andrei A. Rossius
Doctor of Philology; Professor of the Department of Classical Philology of the Institute of Philosophy of the Russian Academy of Sciences; Chief Research Fellow, IPhRAS; Member of the Research Council of the Italian Institute for Philosophical Studies.

Сухарев Александр Яковлевич
Государственный советник юстиции 1-го класса, доктор юридических наук, профессор (6-й министр юстиции РСФСР, 5-й генеральный прокурор СССР), заслуженный юрист Российской Федерации.
Alexander Ya. Sukharev
State Counselor of Justice of Class 1, Doctor of Law, Professor, 6 yministr Justice of the Russian Federation, 5th Prosecutor General of the USSR), Honored Lawyer of the Russian Federation.

Требков Андрей Адамович
Председатель Международного союза юристов, кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации.
Andrew A. Trebkov
President of the International Union of Lawyers, PhD, Honored Lawyer of the Russian Federation.

Цао Липин
Доцент Института политологии и права Университета Ганьсу (КНР), кандидат юридических наук.
Cao Liping
Graduated from the high school at People's Friendship University with a degree «International Law», «European law». In2011, she defended her dissertation of the candidate of jurisprudence «International public law for the management of maritime transport of goods.» Today - Associate Professor at the Institute of Political Science and Law.

РЕДАКЦИЯ

Данельян Андрей Андреевич — главный редактор
Фирсова Юлия Георгиевна — ответственный редактор
Краснов Николай Петрович — дизайн и верстка
Шепелев Борис — дизайн интернет-версии
Малахова Елена Евгеньевна — редактор текстов на английском языке
Редькина Ольга Витальевна — корректор
Данельян Андрей Андреевич и Минаев Виталий Анатольевич — авторы концепции
Мая Гергова — SEO-редактор
Федотов Денис Олегович — руководитель службы научно-информационного обеспечения

Номер ISSN: 2311-4525

«Международный правовой курьер» — официальное издание Дипломатической академии МИД РФ
Журнал выходит при поддержке Российской Ассоциации международного права

Материалы издания подготовлены при участии:
• Российской государственной академии интеллектуальной собственности
• Дипломатической академии МИД РФ
• Российского университета дружбы народов
• Московской государственной юридической академии им.О.Е.Кутафина
• Научно-исследовательского отдела рукописей ФГУ РГБ
• Межрегиональной общественной организации содействия реализации программ в области противодействия и борьбы с коррупцией «Национальный комитет общественного контроля»

Издатель: АНО «Международный аналитическо-издательский центр правовой информации»
г. Москва, Большой Козловский пер., д. 4, корп. 3, каб.324.
e-mail: inter.legal.info@gmail.com

Генеральный директор Минаев В. А.
e-mail: **v.minaev@inter-legal.ru**

Главный редактор печатного издания Данельян А. А.
e-mail: **a.danelian@inter-legal.ru**

Главный редактор сетевого издания www.inter-legal.ru
Минаев В. А.

Директор по развитию бизнеса Фирсова Ю. Г.
Тел. **+7 (499) 390-35-80;**
e-mail: **yulia.firsova@fmc-media.ru**

YouTube www.youtube.com/channel/UCmrSXGcblBKDDNibMD6la5Q
facebook www.facebook.com/ano.maicpi

www.inter-legal.ru

Типография «Маэстро Платинум», г. Москва, ул. Сущевский вал, 64. Тираж от 100 до 1100 экземпляров, с возможным увеличением тиража. Цена свободная. 0+ За содержание рекламных объявлений редакция ответственности не несет. Свидетельство о регистрации средства массовой информации ПИ No. ФС77-55592 от 07.10. 2013 г. выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор).
Источники фото: www.shutterstock.com, www.pixabay.com

Выход в свет 25 января 2018 г.

Ничтожные сделки в гражданском законодательстве России и Таджикистана: общность и специфика

Void transactions in civil law Russia and Tajikistan: commonality and specificity

Бурное развитие рыночных отношений на постсоветском пространстве в течение последней четверти века обусловило постоянный рост числа рассматриваемых судами дел, связанных с недействительностью сделок, о чем наглядно свидетельствует и соответствующая статистика государств – участников СНГ.

Данное обстоятельство детерминирует повышение научного и практического интереса к проведению сравнительно-правовых исследований, посвященных анализу гражданского законодательства названных государств в части недействительности сделок.

Объектом настоящей публикации является анализ общего и особенного в гражданском законодательстве России и Таджикистана в части регулирования ничтожных сделок.

Приступая к сравнительно-правовому анализу ничтожных сделок в российском и таджикском гражданском законодательстве, следует акцентировать внимание на факте наличия научных дискуссий и проблем в правоприменительной практике, порождаемых существующей классификацией недействительных сделок. Значительные затруднения в правоприменительной практике вызвало в свое время положение п. 1 ст. 166 ГК, согласно которому ничтожная сделка является недействительной независимо от признания ее таковой судом. В частности, по мнению М.А. Блиновой, не только оспоримая, но и отдельные виды ничтожных сделок нуждаются в признании их недействительными судом, хотя в этих двух случаях имеются в виду различные по природе иски: один — о признании оспоримой сделки недействительной (преобразовательный иск); а другой — о признании факта ничтожности сделки (иск о признании) [3, С. 18].

В связи с тем что ничтожная сделка не порождает юридических последствий, она может быть признана недействительной лишь с момента ее совершения (п. 84 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25). Соответствующими разъяснениями Пленума ВС РФ при принятии судебного акта руководствуются и российские суды [26].

Сравним сделки, известные в юридической доктрине как антисоциальные [3, 4, 11, 13, 15, 22, 33, 34, 35, 37 и др.]: ст. 169 ГК РФ (состоящая из одного абзаца) *«Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка или нравственности»*[1] и ст. 194 ГК РТ (состоящая из двух частей) *«Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности»*.

Отметим, что ст. 194 ГК РТ и ст. 169 ГК РФ были абсолютно идентичными до 1 сентября 2013 г.

Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ ст. 169 ГК РФ изложена в новой редакции и вступила в законную силу с 1 сентября 2013 г.

На данный момент анализируемые нормы имеют:

а) различия в названии статей: в ГК РТ – «...и» (нравственности); в ГК РФ – «...или» (нравственности);

б) различия относительно применяемых последствий недействительности этих сделок.

Действующее гражданское законодательство Республики Таджикистан выделило сделки, совершенные с целью, противной основам правопорядка и нравственности, в качестве отдельного вида недействительных сделок. Следует обратить внимание на то, что основы правопорядка и нравственности в Таджикистане и России разнятся. Прежде всего это вызвано устройством самого государства, влиянием таких важнейших сфер, как политика; экономика; национальные, культурные традиции; общественные, имущественные отношения; социальная среда и т.п.

Главные основы правопорядка в Республике Таджикистан закреплены в Конституции [17]. Под основами правопорядка в Таджикистане следует понимать установленные государством основополагающие нормы об общественном, экономическом и социальном устройстве общества, направленные на соблюдение и уважение такого устройства, обеспечение соблюдения правовых предписаний и защиту прав и свобод граждан. Нравственные устои, которым не должна противоречить сделка, включают в себя сложившиеся в обществе представле-

[1] Статья 169 ГК РФ изложена в новой редакции пунктом 14 ст. 1 Федерального закона от 7 мая 2013 г. №100-ФЗ. Вступила в силу с 1 сентября 2013 г.

Вид на центральную площадь Душанбе, Таджикистан

ния о добре и зле, справедливости и должном поведении. Требования нравственности получают свое выражение в общественных представлениях о должном поведении, сложившихся в результате длительного общественного развития, в том числе в общих принципах права и деятельности высших судебных инстанций [16].

В качестве примера таких ничтожных сделок в Таджикистане приводятся сделки с признаками недобросовестной конкуренции. Статья 169 ГК РФ указывает, что квалифицирующим признаком антисоциальной сделки является ее цель, то есть достижение такого результата, который не просто не отвечает закону или нормам морали, а противоречит — заведомо и очевидно для участников гражданского оборота — основам правопорядка и нравственности [28].

Таджикский законодатель установил особые последствия для «антисоциальных» сделок. В частности, при наличии умысла у обеих сторон такой сделки (или лишь у одной стороны) судом обязательно должны быть применены только конфискационные санкции по сделкам, противным основам правопорядка и нравственности. Необходимо подчеркнуть, что карательные последствия применяются к стороне, умышленно совершившей такую сделку.

При наличии умысла у обеих сторон в случае, если такая сделка исполнена обеими сторонами, в доход государства взыскивается все полученное сторонами по сделке. При установлении наличия умысла лишь у одной из сторон сделки от нее все полученное по сделке возвращается другой стороне, а полученное или причитающееся ей по сделке взыскивается в доход государства. Указанные последствия недействительности сделки получили название гражданско-правовой конфискации, в юридической литературе они известны под названием «недопущение реституции» [32, С. 212–215].

До 1 сентября 2013 г. в ст. 169 ГК РФ последствия недействительности (в виде конфискации) были идентичны со ст. 194 ГК РТ. Однако в ходе изменений, внесенных в ГК РФ Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ, конфискация была из ст. 169 ГК РФ исключена.

Российский законодатель указал два случая относительно применяемых последствий:

1) сделка влечет общие последствия, отраженные в ст. 167 ГК РФ, т.е. применяется двусторонняя реституция;

2) в случаях, предусмотренных законом, суд может взыскать в доход РФ все полученное по такой сделке сторонами, действовавшими умышленно, или применить иные последствия, установленные законом.

В контексте изложенного целесообразно отметить, что отсутствует законодательное закрепление понятия «основы правопорядка или нравственности». Поэтому в процессе рассмотрения дел данной категории в правоприменительной практике возникло множество трудностей, непосредственно связанных с квалификацией сделки по применению данной нормы. Подобных сделок, которые напрямую (либо косвенно) затрагивают публичный порядок, весьма много. Следовательно, такая неопределенность в трактовке понятия «основы правопорядка или нравственности» позволяет суду при квалификации

сделки данной категории толковать и применять ст. 169 ГК РФ исходя из своего субъективного понимания.

Принимая во внимание сложившуюся ситуацию, Пленум Верховного Суда РФ дал соответствующие разъяснения по этому вопросу в п. 85 Постановления от 23 июня 2015 г. № 25. В качестве сделок, совершенных с указанной целью, могут быть квалифицированы сделки, нарушающие основополагающие начала российского правопорядка, принципы общественной, политической и экономической организации общества, его нравственные устои. В частности, к названным сделкам могут быть отнесены:

- сделки, направленные на производство и отчуждение объектов, ограниченных в гражданском обороте (соответствующие виды оружия, боеприпасов, наркотических средств, а также иной продукции, обладающей свойствами, опасными для жизни и здоровья граждан, и т.п.);
- сделки, ориентированные на изготовление, распространение литературы и иной продукции экстремистской и террористической направленности (в том числе пропагандирующей войну, национальную, расовую или религиозную вражду);
- сделки, нацеленные на изготовление и/или сбыт поддельных документов и ценных бумаг;
- сделки, нарушающие основы отношений между родителями и детьми.

Нетрудно заметить, что даже после такого расширительного толкования круг недействительных сделок, попадающих в сферу применения ст. 169 ГК РФ, в достаточной степени широк. Следовательно, при квалификации данных сделок необходимо учитывать такие критерии, как цель; умысел; факт нарушения сторонами сделки своими действиями основ правопорядка и/или нравственности.

Целесообразно акцентировать внимание на том немаловажном обстоятельстве, что подобные специальные нормы права, регулирующие сделки антисоциальной направленности, которые посягают на основы правопорядка или нравственности, присутствуют практически во всех правовых системах континентального права. Они содержатся, например, в ГК Республики Казахстан (п. 1 ст. 158) [6]; ГК Республики Молдова (ст. 220) [7]; ГК Кыргызской Республики (ст. 187) [5]; ГК Республики Узбекистан (ст. 116) [9] и др.

Наличие указанных специальных норм права в перечисленных гражданских кодексах обусловлено потребностью названных республик в сохранении правопорядка и устоев нравственности при помощи обеспечения и защиты публичных интересов.

Проанализируем ст. 170 ГК РФ и ст. 195 ГК РТ *«Недействительность мнимой и притворной сделок»*, которые устанавливают основания для признания указанных сделок таковыми. Оба кодекса разграничивают недействительные сделки на притворные и мнимые [2].

Идентичное понятие «мнимой сделки» дано в ч. 1 ст. 195 ГК РТ и п. 1 ст. 170 ГК РФ. Мнимая сделка, т.е. сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия, ничтожна.

Самым распространенным в судебной практике примером мнимой сделки служит увод имущества от взыскания путем отчуждения должником такого имущества третьим лицам [27, 30].

Фиктивность мнимой сделки заключается в том, что у ее сторон отсутствует цель в достижении заявленных результатов. Дело в том, что волеизъявление сторон мнимой сделки не совпадает с их внутренней волей. Реальной целью мнимой сделки может быть, например, искусственное создание задолженности стороны сделки перед другой стороной для последующего инициирования процедуры банкротства и участия в распределении имущества должника.

В то же время для рассматриваемой категории ничтожных сделок определения точной цели не требуется. Установление факта того, что стороны в реальности не имели намерения на возникновение, изменение, прекращение гражданских прав и обязанностей, как правило, порождаемых подобной сделкой, представляет собой достаточное основание для квалификации сделки как ничтожной.

Сокрытие действительного смысла сделки отвечает в интересам обеих ее сторон. Совершая сделку исключительно для вида, стороны корректно оформляют все документы, но создать реальные правовые последствия не стремятся [25, 24].

Например, во избежание обращения взыскания на движимое имущество должника заключить договоры купли–продажи или доверительного управления и составить акты о передаче данного имущества, при этом сохранив контроль продавца или учредителя управления.

Понятие «притворная сделка» раскрыто в ч. 2 ст. 195 ГК РТ и п. 2 ст. 170 ГК РФ. Согласно ч. 2 ст. 195 ГК РТ, притворная сделка, т.е. сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна.

В отличие от таджикского законодателя, российским законодателем внесено уточнение в определение «притворной сделки»[2]: притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, в том числе сделку на иных условиях, ничтожна. Например, стороны заключили предварительный договор купли-продажи недвижимого имущества на крупную сумму. Затем в целях прикрыть данную сделку заключили притворную сделку – договор купли-продажи этого же недвижимого имущества, только уже на небольшую сумму. В данном случае применяются правила, относящиеся к прикрытой сделке.

Согласно п. 87 Постановления Пленума ВС РФ № 25, в связи с притворностью недействительной может быть признана лишь та сделка, которая направлена на достижение других правовых последствий и прикрывает иную волю всех участников сделки. Намерения одного участника совершить притворную сделку для применения указанной нормы являются недостаточными.

Для прикрытия сделки может быть совершена не только одна, но и несколько сделок. В таком случае, согласно п. 88 Постановления Пленума ВС РФ № 25, прикрывающие сделки являются

[2] Пункт 2 ст. 170 ГК РФ (в ред. Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ изложен в новой редакции п. 15 ст. 1).

ничтожными, а к сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом ее существа и содержания применяются относящиеся к ней правила (п. 2 ст. 170 ГК РФ).

Нужно отметить очередное отличие в тексте ч. 2 ст. 195 ГК РТ (с учетом «характера» сделки) и в п. 2 ст. 170 ГК РФ (с учетом «существа и содержания» сделки). Формулировка, содержащаяся в ГК РФ, на наш взгляд, в большей мере соответствует правовой природе сделок.

Проведем анализ сделки, совершенной лицами, имеющими порок воли [12, 21]: *«Недействительность сделки, совершенной гражданином, признанным недееспособным»* (ст. 196 ГК РТ и ст. 171 ГК РФ).

Согласно ч. 1 ст. 30 ГК РТ, гражданин может быть признан судом недееспособным, если вследствие душевной болезни или слабоумия он не способен понимать значения своих действий или руководить ими. В соответствии с п. 1 ст. 29 ГК РФ, норма закона заменена: «…вследствие душевной болезни или слабоумия…» на «…вследствие психического расстройства…». От имени гражданина, признанного недееспособным, сделки совершает его опекун (ч. 2 ст. 30 ГК РТ).

В ГК РФ есть уточнения: от имени гражданина, признанного недееспособным, сделки совершает его опекун, учитывая мнение такого гражданина, а при невозможности установления его мнения – с учетом информации о его предпочтениях, полученной от родителей такого гражданина, его прежних опекунов, иных лиц, оказывавших такому гражданину услуги и добросовестно исполнявших свои обязанности (п. 2 ст. 30 ГК РФ).

Гражданские кодексы обоих государств квалифицируют рассматриваемую недействительную сделку в качестве ничтожной, совершенной с пороком субъектного состава: гражданином, признанным недееспособным вследствие психического заболевания (ч. 1 ст. 196 ГК РТ). В то же время следует заметить, что российский законодатель заменил термин «психическое заболевание» термином «психическое расстройство» (п. 1 ст. 171 ГК РФ).

Необходимо особо подчеркнуть, что Всемирная организации здравоохранения (ВОЗ) использует общий термин «психические расстройства» в МКБ-10: класс V (F00-F99) «психические расстройства и расстройства поведения» - вместо термина «психические заболевания», поскольку не считает их равнозначными по смыслу [23].

Представляется, было бы целесообразно таджикскому законодателю в соответствии с едиными международными стандартами применять в сфере юриспруденции — наряду с РФ — единый международный термин «психические расстройства».

Сделка, совершенная недееспособным лицом, является недействительной с самого начала. Согласно абз. 2 и 3 ч. 1 ст. 196 ГК РТ и абз. 2 и 3 п. 1 ст. 171 ГК РФ, к такой сделке применяются:

1) общие последствия недействительности сделки, предусмотренные ч. 2 ст. 192 ГК РТ и п. 2 ст. 167 ГК РФ;

2) специальные последствия, предусмотренные абз. 3 ч. 1 ст. 196 ГК РТ и абз. 3 п. 1 ст. 171 ГК РФ.

Законодателями обоих государств понятие «реальный ущерб» определено в ч. 2 ст. 15 ГК РТ и в п. 2 ст. 15 ГК РФ – это расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права; утрата или повреждение его имущества.

Единственное различие – это правка в абз. 2 п. 1 ст. 171 ГК РФ: словосочетание «стоимость в деньгах» исправлено на слово «стоимость»[3]. В ГК РТ оценка стоимости выражается в денежном эквиваленте, но, на наш взгляд, допустимы и другие способы возмещения стоимости. Данное различие нами ранее было замечено и отмечено при анализе статей (п. 2 ст. 167 ГК РФ и ч. 2 ст. 192 ГК РТ). Российский законодатель дает возможность субъектам сделки получить иные материальные блага.

Положения ч. 2 ст. 196 ГК РТ и п. 2 ст. 171 ГК РФ предусматривают так называемую «конвалидацию» (исцеление сделки, исправление юридического дефекта) [1]. Конвалидация (признание действительности ничтожной сделки и подтверждение действительности оспоримой сделки), исходя из смысла рассмотренных положений ГК РФ, является полноценным способом защиты прав и законных интересов добросовестных участников гражданского оборота [19].

Согласно ч. 2 ст. 196 ГК РТ, в интересах гражданина, признанного недееспособным вследствие психического заболевания («расстройства» - п. 2 ст. 171 ГК РФ), совершенная им сделка может быть по требованию его опекуна признана судом действительной, если она совершена в интересах («к выгоде» - п. 2 ст. 171 ГК РФ) этого гражданина. Например, недееспособным лицом была совершена сделка по покупке квартиры. Вследствие изменения ситуации на рынке сделка теряет экономическую привлекательность для продавца, и он «вспоминает» о ее ничтожности и требует возврата квартиры. В данном случае опекун недееспособного лица может (в противовес требованиям продавца) предъявить иск о признании сделки по покупке квартиры действительной как совершенной к выгоде опекаемого им гражданина [20].

Сравнительный анализ норм ГК РТ и ГК РФ позволяет сделать важный вывод, согласно которому понятие «в интересах этого гражданина», содержащееся в ч. 2 ст. 196 ГК РТ, и понятие «к выгоде этого гражданина», зафиксированное в п. 2 ст. 172 ГК РФ, являются весьма близкими в контекстном отношении. В частности, корректность данного вывода подтверждает «Толковый словарь русского языка», в котором слово «выгода» означает «прибыль», «польза, извлекаемая из чего-нибудь», «преимущество», «интерес (чаще материальный)» [36, с. 80].

То есть понятие «выгода» является семантически весьма близким к понятию «личный интерес» (как правило, материальный интерес), а следовательно, буквальное толкование анализируемых норм, по сути, не меняет их правового содержания.

О следующей группе недействительных сделок, совершенных недееспособной стороной, речь идет в ст. 197 ГК РТ и ст. 172 ГК РФ *«Недействитель-*

[3] Данная поправка была внесена пунктом 16 ст. 1 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ.

Дворец наций, резиденция президента Таджикистана, г. Душанбе

ность сделки, совершенной несовершеннолетним, не достигшим 14 лет», устанавливающих основание недействительности таких сделок.

Сделки за несовершеннолетних, не достигших 14 лет (малолетних), могут совершать от их имени только их родители, усыновители или опекуны, за исключением сделок, указанных в ч. 2 ст. 29 ГК РТ и в п. 2 ст. 28 ГК РФ.

Следует принять во внимание разъяснения в Постановлении ВС РФ № 25 (п. 17), согласно которым сделки по принятию недвижимого имущества в качестве дара, иные сделки с недвижимым имуществом с учетом положений ст. 8.1 и 131 ГК РФ за малолетних могут совершать от их имени исключительно их родители, усыновители или опекуны. В случае несоблюдения данного требования сделка с недвижимым имуществом, совершенная малолетним, является ничтожной. Вместе с тем суд вправе по требованию родителей, усыновителей или опекуна малолетнего признать сделку действительной, если она совершена к выгоде малолетнего (ст. 172 ГК РФ). Ничтожной является сделка с недвижимым имуществом, совершенная от имени малолетних их родителями, усыновителями или опекунами, если она явно противоречит интересам малолетних (п. 1 ст. 65 Семейного кодекса Российской Федерации [31] и ст. 169 ГК РФ).

Совершение таких сделок влечет аналогичные последствия, предусмотренные абз. 2 и 3 ч. 1 ст. 196 ГК РТ и абз. 2 и 3 п. 1 ст. 171 ГК РФ.

Гражданским законодательством России и Таджикистана предусмотрен случай, когда возможно признать ничтожную сделку действительной по требованию родителей, усыновителей или опекуна, если ими будет доказано, что совершенная малолетним сделка соответствует его интересам.

Следует отметить, что в данной статье имеются те же различия в юридических терминах, что и в предыдущей ст. 196 ГК РТ («в интересах» малолетнего) и в ст. 172 ГК РФ («к выгоде» малолетнего), которые, по сути, буквального смысла не меняют.

Нормы ст. 197 ГК РТ и ст. 172 ГК РФ не распространяются на сделки, которые малолетние вправе совершать самостоятельно на основании ч. 2 ст. 29 ГК РТ и п. 2 ст. 28 ГК РФ, а именно:

1) мелкие бытовые сделки;

2) сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды, не требующие нотариального удостоверения либо государственной регистрации;

3) сделки по распоряжению средствами, предоставленными законным представителем или с согласия последнего третьим лицом для определенной цели или для свободного распоряжения.

По сделкам малолетнего гражданские кодексы обоих государств предусматривают имущественную ответственность, которую несут его родители, усыновители или опекуны, если не докажут, что обязательство было нарушено не по их вине. Указанные лица — в соответствии с законом — также отвечают за вред, причиненный малолетними (ч. 3 ст. 29 ГК РТ и п. 3. ст. 28 ГК РФ).

Проанализируем новую категорию недействительных сделок в отношении имущества, распоряжение которым запрещено или ограничено, – ст. 174.1. ГК РФ *«Последствия совершения сделки в отношении имущества, распоряжение которым запрещено или ограничено»*[4].

Категория «имущество» чрезвычайно широко используется законодателем РФ, но само определение понятия «имущество» в ГК

[4] Статья 174.1 ГК РФ введена п. 20 ст. 1 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ.

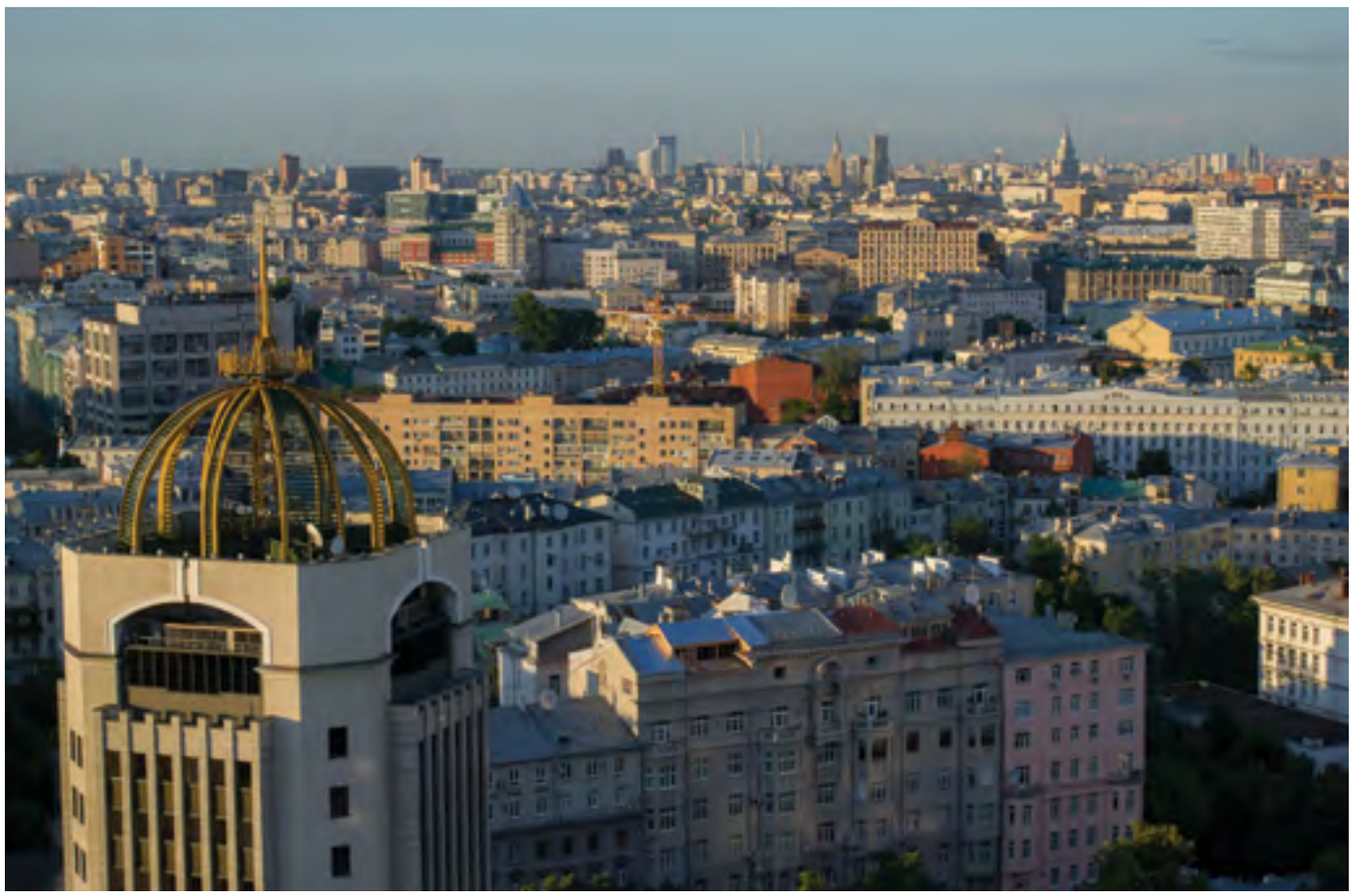
РФ отсутствует. Анализ действующих положений ГК РФ позволил выделить следующие значения рассматриваемого термина [18].

Во-первых, в гражданском законодательстве под имуществом понимают отдельные вещи и их совокупность (п. 2 ст. 15; п. 2 ст. 46; ст. 211; п. 4 ст. 218; ст. 301; п. 2 ст. 561; п. 3 ст. 564; п. 2 ст. 690; п. 1 ст. 705; п. 2 ст. 947; ст. 1064 ГК РФ). Во-вторых, понятием «имущество» могут охватываться вещи, деньги и ценные бумаги (п. 1 ст. 302; п. 1 ст. 307 ГК РФ). В-третьих, имуществом называются не только перечисленные ранее объекты, но и имущественные права (ст. 18; ст. 24; п. 1 ст. 56; п. 1 ст. 126; ст. 209; ст. 336; п. 3-6 ст. 582 ГК РФ). В-четвертых, понятие «имущество» может обозначать всю совокупность наличных вещей, денег, ценных бумаг, имущественных прав, а также обязанностей субъекта (п. 2 ст. 63; п. 2 ст. 132; ст. 217; ст. 1112 ГК РФ). И, в-пятых, в ряде случаев в состав имущества включаются: предприятия и другие имущественные комплексы, отдельные объекты, относящиеся к недвижимому имуществу, ценные бумаги, права, удостоверенные бездокументарными ценными бумагами, исключительные права и другое имущество, причем деньги (в подобном понимании) в состав имущества не входят (п. 1, 2 ст. 1013 ГК РФ).

Под «распоряжением имуществом» следует понимать возможность заключать сделки, предметом которых является имущество.

Так, в п. 1 ст. 174.1 ГК РФ законодатель устанавливает последствия в отношении сделок, совершенных с имуществом, распоряжение которым запрещено или ограничено законом или иным федеральным законом. Такие сделки ничтожны в той части, в какой они предусматривают распоряжение имуществом без учета имеющихся запретов и ограничений на него. При этом недействительность части такой сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части (отсылка законодателя к ст. 180 ГК РФ).

Например, лицо, осуществившее самовольную постройку, не вправе распоряжаться такой постройкой (продавать, дарить, сдавать в аренду, совершать с ней иные сделки) (п. 2 ст. 222 ГК РФ); некоторое имущество в силу закона не может быть предметом залога (ст. 336 ГК РФ); нарушение запрета на принудительное исполнение решений судов по имущественным требованиям к должнику (ст. 126 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ); временно вывозимые культурные ценности, постоянно хранящиеся в государственных и муниципальных музеях, архивах, библиотеках, иных государственных хранилищах, не могут быть использованы в качестве обеспечения кредита или служить предметом залога (абз. 4 ст. 28 Закона РФ от 15 апреля 1993 № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей») [14].



г. Москва, вид на здание Верховного суда

Нарушение имеющихся запретов влечет за собой ничтожность сделки в части распоряжения имуществом, распоряжение которым запрещено или ограничено законом. Следовательно, законодатель с введением в ГК РФ п. 1 ст. 174.1 предоставил возможность сторонам сделки все же исполнить такую сделку исключительно в той части, которая не нарушает закон, регулирующий гражданско-правовые отношения. Указанный пункт определяет последствия совершения сделки с нарушением запрета на распоряжение имуществом, наложенного в судебном или ином установленном законом порядке. Запрет налагается судом или в установленном им порядке. Это может повлиять на осведомленность контрагента должника по сделке. Поэтому если приобретатель имущества, распоряжение которым запрещено в судебном или ином установленном законом порядке, является недобросовестным (т.е. знал или должен был знать о подобном запрете), то кредитор должника или иное управомоченное лицо вправе реализовать свои права в отношении указанного имущества. В том случае, когда приобретатель имущества является добросовестным, т.е. он не знал и не должен был знать о запрете, наложенном в судебном или ином порядке, совершенная им сделка будет действительной [1].

Из содержания п. 2 ст. 174.1 ГК РФ следует, что запрет распоряжаться имуществом распространяется только на должника. Данный запрет налагается в качестве обеспечительной меры для защиты интересов кредитора. Поэтому кредитор вправе распоряжаться таким имуществом, включая его отчуждение, если приобретатель знал или должен был знать об имеющемся запрете. В противном случае кредитор не вправе заключать сделку по отчуждению соответствующего имущества под страхом признания ее недействительной по требованию приобретателя как совершенной с нарушением закона. Таким образом, и должник, распорядившийся имуществом вопреки запрету, и кредитор, нарушивший условия реализации своих прав, предусмотренных п. 2, нарушают закон. В обоих случаях должны применяться последствия, установленные ст. 166 и 168 ГК в редакции закона [29].

Таким образом, норма п. 2 ст. 174.1 ГК РФ отличается от нормы п. 1 ст. 174.1 ГК РФ тем, что запрет или ограничение на распоряжение имуществом налагается в судебном (обеспечительные меры) или ином порядке, например административном, а не следует из закона. Данное обстоятельство может послужить доказательством осведомленности контрагента должника по оспариваемой сделке.

В случае осведомленности приобретателя имущества (знал или должен был знать о наличии обеспечительных мер) кредитор должника или иное управомоченное лицо вправе реализовать свои права в отношении данного имущества. Если приобретатель имущества является добросовестным (не знал и не должен был знать о запрете или ограничении, наложенном в судебном порядке), совершенная им сделка будет действительной и права лица, обеспеченные данным запретом, не будут реализованы.

Данная категория недействительных сделок в ГК РТ отсутствует. Однако имеется существенное число случаев, когда запрет на распоряжение имуществом вытекает из иных статей в рамках таджикского гражданского законодательства, а также законов РТ, обязательных к применению судами Республики при рассмотрении соответствующих дел.

В связи с изложенным ранее целесообразно привести примеры таких случаев. Так, в случае возведения самовольной постройки лицо не приобретает на нее право собственности. Оно не вправе распоряжаться постройкой, продавать ее, дарить, сдавать в аренду, совершать другие сделки (ч. 2 ст. 246 ГК РТ); учреждение не вправе отчуждать или иным способом распоряжаться закрепленным за ним имуществом и имуществом, приобретенным за счет средств, выделенных ему по смете (ч. 1 ст. 315 ГК РТ); залог отдельных видов имущества, в частности имущества граждан, на которое не допускается обращение взыскания, может быть законодательными актами запрещен или ограничен (ч. 3 ст. 360 ГК РТ).

Следует обратить повышенное внимание на то обстоятельство, что в целях соблюдения имущественных интересов данная категория недействительных сделок (помимо ГК РФ) имеет место быть в гражданском законодательстве стран – участниц СНГ. В частности, речь идет о Гражданском кодексе Республики Молдова, который признает относительно недействительной сделку, совершенную с нарушением запрета распоряжаться имуществом (ст. 232 ГК РМ) [7].

Автор настоящей публикации предлагает на законодательном уровне инкорпорировать в Гражданский кодекс Республики Таджикистан новый специальный состав недействительных сделок, аналогичный правилу, предусмотренному ст. 174.1 ГК РФ, которое фиксирует возможность признать сделку недействительной в отношении имущества, распоряжение которым запрещено или ограничено. ■

Литература:

1. Агешкина Н.А., Баринов Н.А., Бевзюк Е.А., Беляев М.А., Бельянская А.Б. , Бирюкова Т.А., Вахрушева Ю.Н., Гришина Я.С., Закиров Р.Ю., Кожевников О.А., Копьев А.В., Кухаренко Т.А., Морозов А.П., Морозов С.Ю., Серебренников М.М., Шадрина Е.Г. Статья 174.1. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть 1 от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (постатейный) [Подготовлено для системы «КонсультантПлюс», 2016 г.] // СПС «КонсультантПлюс».
2. Бежецкий А.Ю. Недействительность мнимых и притворных сделок: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2013.
3. Блинова М.А. Недействительность сделки, совершенной с целью противной основам правопорядка и нравственности: дис., ... канд. юрид. наук. — М., 2003.
4. Генкин Д.М. Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИЮН. М.: Юридическое издательство МЮ СССР. — 1947. — Вып. 5. — С. 50 – 64.
5. Гражданский кодекс Кыргызской Республики от 8.05.1996 № 15: офиц. текст // СПС «КонсультантПлюс».
6. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27.12.1994 (с изм. и доп. по состоянию на 1.02.2018): офиц. текст // СПС «КонсультантПлюс».
7. Гражданский кодекс Республики Молдова, вступил в силу 12.06.2003: офиц. текст // СПС «КонсультантПлюс».
8. Гражданский кодекс Республики Таджикистан (ч. 1) от 30.06.1999. Введен в действие Маджлиси Оли Республики Таджикистан с 1.01.2000 (в ред. от 23.07.2016 № 1334): офиц. текст // СПС «КонсультантПлюс».
9. Гражданский кодекс Республики Узбекистан. Введен в действие с 1.03.1997 Постановлением Олий Мажлиса Республики Узбекистан от 29.08.1996 № 257-I: офиц. текст // СПС «КонсультантПлюс».
10. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 28.03.2017, с изм. от 22.06.2017) // СПС «КонсультантПлюс».
11. Гусенкова Ю.А. Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности: автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2013.
12. Данилов И.А. Порок воли в качестве основания недействительности сделок. монография: — М., 2010.
13. Ельцов В.Н. Некоторые проблемы практики применения норм о последствиях сделки, совершенной с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности // Вестник Тамбовского государственного университета им. Г.Р. Державина. — 2015. — Вып. 8(148). — С. 140 – 144.
14. Закон РФ «О вывозе и ввозе культурных ценностей» от 15 апреля 1993 г. № 4804-1 (ред. от 18 июня 2017 г.).
15. Каменщиков А.В. Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка или нравственности: проблемы правового регулирования и способы их решения // Вестник экономики, права и социологии. — 2011. — № 2. — С. 110 – 114.
16. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Таджикистан ч. 1 (постатейный) с использованием судебной практики. Душанбе, 2004.
17. Конституция Республики Таджикистан в редакции Референдума — от 26 сентября 1999 г., 22 июня 2003 г. и 22 мая 2016 г. [Электронный ресурс] — URL: http://www.president.tj/ru/taxonomy/term/5/112 (дата обращения: 10.08.2018).

18. Лакоценина Н.М. Понятие «имущества» в гражданском праве России // Право и государство: теория и практика. — 2015. — № 9. — С. 67–70.
19. Луканова А. Исцеление недействительных сделок // ЭЖ-Юрист. — 2015. — № 1-2.
20. Макаров Ю.Я. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству. — М.: Проспект, 2009.
21. Малофеев А.А. Недействительность сделок с пороками воли: проблемы обеспечительного участия органов внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2009.
22. Малофеев А.А., Желонкин С.С. Юридическая характеристика конфискационной санкции за совершение сделок, предусмотренных ст. 169 и ст. 179 Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник Санкт-Петербургского государственного университета МВД России. — 2010. — № 4(48). — С. 91 – 97.
23. Международная классификация болезней МКБ-10 (Адаптированный вариант в трех частях), принята 43-й Всемирной ассамблеей здравоохранения / НИИ им. Н.А. Семашко. М., 1999. Документ вступил в силу с 1 января 1999 г. (п. 4.3 Приказа Минздрава РФ от 27 мая 1997 г. № 170).
24. Определение ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 2-КГ16-2 // СПС «КонсультантПлюс».
25. Определение ВС РФ от 25 июля 2016 г. по Делу № 305-ЭС16-2411, А41-48518/2014.
26. Определение ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 303-ЭС17-7287 // СПС «КонсультантПлюс».
27. Определение ВС РФ от 5 июня 2012 г. по Делу № 11-КГ12-3 [Документ опубликован не был] // СПС «Консультант Плюс».
28. Определение Конституционного Суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества "Уфимский нефтеперерабатывающий завод" на нарушение конституционных прав и свобод ст. 169 Гражданского кодекса Российской Федерации и абз. 3 п. 11 ст. 7 Закона Российской Федерации "О налоговых органах Российской Федерации"» от 8 июня 2004 г. № 226-О // СПС «КонсультантПлюс».
29. Парций Я.Е. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О внесении изменений в подразд. 4 и 5 разд. I ч. 1 и ст. 1153 ч. 3 Гражданского кодекса Российской Федерации» от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ [Подготовлено для системы «КонсультантПлюс», 2013] // СПС «КонсультантПлюс».
30. Постановление Президиума ВАС РФ от 22 марта 2012 г. № 6136/11 по Делу № А60-29137/2010-С5 // Вестник ВАС РФ. — 2012. — № 7.
31. Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 1 мая 2017 г.).
32. Советское гражданское право. Т. 1 / под ред. В.А. Рясенцева. — М.: Юридическая литература, 1975. — С. 212–215.
33. Советское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1 / под ред. О.А. Красавчикова. — М., 1968 - 1969. - 516 с.
34. Тузов Д.О. Конфискация полученного по сделке, противной основам правопорядка или нравственности, в судебно-арбитражной практике и проекте изменений Гражданского кодекса России // Вестник Томского государственного университета. — Серия «Юридические науки». — 2011. — № 1. — С. 36 – 50.
35. Угурчиева Х.О. Противоречие цели сделки «основам нравственности» как основание ее недействительности по ст. 169 ГК РФ // Вестник экономики, права и социологии. — 2011. — № 3. — С. 145 – 148.
36. Ушаков Д.Н. Толковый словарь современного русского языка. — М.: «Аделант», 2014. — 800 с.
37. Хвостицкий М.В. Правовое регулирование недействительных сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка или нравственности: юридические ошибки и способы их решения // Юридические исследования. — 2017. — № 2. — С. 60 – 67.

References:

1. Ageshkina N.A., Barinov N.A., Bevzyuk E.A., Belyaev M.A., Bel'yanskaya A.B. , Biryukova T.A., Vahrusheva YU.N., Grishina YA.S., Zakirov R.YU., Kozhevnikov O.A., Kop'ev A.V., Kuharenko T.A., Morozov A.P., Morozov S.YU., Serebrennikov M.M., SHadrina E.G. Stat'ya 174.1. Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii. CHast' 1 ot 30 noyabrya 1994 g. № 51-FZ (postatejnyj) [Podgotovleno dlya sistemy «Konsul'tantPlyus», 2016 g.] // SPS «Konsul'tantPlyus».
2. Bezheckij A.YU. Nedejstvitel'nost' mnimyh i pritvornyh sdelok: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2013.
3. Blinova M.A. Nedejstvitel'nost' sdelki, sovershennoj s cel'yu protivnoj osnovam pravoporyadka i nravstvennosti: dis. ... kand. yurid. nauk. — M., 2003.
4. Genkin D.M. Nedejstvitel'nost' sdelok, sovershennyh s cel'yu, protivnoj zakonu // Uchenye zapiski VIYUN. M.: YUridicheskoe izdatel'stvo MYU SSSR. — 1947. — Vyp. 5. — S. 50 – 64.
5. Grazhdanskij kodeks Kyrgyzskoj Respubliki ot 8.05.1996 № 15: ofic. tekst // SPS «Konsul'tantPlyus».
6. Grazhdanskij kodeks Respubliki Kazahstan (Obshchaya chast'), prinyat Verhovnym Sovetom Respubliki Kazahstan 27.12.1994 (s izm. i dop. po sostoyaniyu na 1.02.2018): ofic. tekst // SPS «Konsul'tantPlyus».
7. Grazhdanskij kodeks Respubliki Moldova, vstupil v silu 12.06.2003: ofic. tekst // SPS «Konsul'tantPlyus».
8. Grazhdanskij kodeks Respubliki Tadzhikistan (ch. 1) ot 30.06.1999. Vveden v dejstvie Madzhlisi Oli Respubliki Tadzhikistan s 1.01.2000 (v red. ot 23.07.2016 № 1334): ofic. tekst // SPS «Konsul'tantPlyus».
9. Grazhdanskij kodeks Respubliki Uzbekistan. Vveden v dejstvie s 1.03.1997 Postanovleniem Olij Mazhlisa Respubliki Uzbekistan ot 29.08.1996 № 257-I: ofic. tekst // SPS «Konsul'tantPlyus».
10. Grazhdanskij kodeks Rossijskoj Federacii (chast' pervaya) ot 30.11.1994 № 51-FZ (red. ot 28.03.2017, s izm. ot 22.06.2017) // SPS «Konsul'tantPlyus».
11. Gusenkova YU.A. Nedejstvitel'nost' sdelki, sovershennoj s cel'yu, protivnoj osnovam pravoporyadka i nravstvennosti: avtoref. dis... kand. yurid. nauk. — M., 2013.
12. Danilov I.A. Porok voli v kachestve osnovaniya nedejstvitel'nosti sdelok. Monografiya. — M., 2010.
13. El'cov V.N. Nekotorye problemy praktiki primeneniya norm o posledstviyah sdelki, sovershennoj s cel'yu, zavedomo protivnoj osnovam pravoporyadka ili nravstvennosti // Vestnik Tambovskogo gosudarstvennogo universiteta im. G.R. Derzhavina. — 2015. — Vyp. 8(148). — S. 140 – 144;
14. Zakon RF «O vyvoze i vvoze kul'turnyh cennostej» ot 15 aprelya 1993 g. № 4804-1 (red. ot 18 iyunya 2017 g.).
15. Kamenshchikov A.V. Nedejstvitel'nost' sdelki, sovershennoj s cel'yu, protivnoj osnovam pravoporyadka ili nravstvennosti: problemy pravovogo regulirovaniya i sposoby ih resheniya // Vestnik ehkonomiki, prava i sociologii. — 2011. — № 2. — S. 110 – 114;
16. Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Respubliki Tadzhikistan ch. 1 (postatejnyj) s ispol'zovaniem sudebnoj praktiki. Dushanbe, 2004.
17. Konstituciya Respubliki Tadzhikistan v redakcii Referenduma ot 26 sentyabrya 1999 g., 22 iyunya 2003 g. i 22 maya 2016 g. [EHlektronnyj resurs] — Rezhim dostupa: http://www.president.tj/ru/taxonomy/term/5/112 (data obrashcheniya: 10.08.2018).
18. Lakocenina N.M. Ponyatie «imushchestva» v grazhdanskom prave Rossii // Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika. — 2015. — № 9. — S. 67–70.
19. Lukanova A. Iscelenie nedejstvitel'nyh sdelok // EHZH-YUrist. — 2015. — № 1-2.
20. Makarov YU.YA. Podgotovka grazhdanskih del k sudebnomu razbiratel'stvu. — M.: Prospekt, 2009.
21. Malofeev A.A. Nedejstvitel'nost' sdelok s porokami voli: problemy obespechitel'nogo uchastiya organov vnutrennih del: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — SPb, 2009.
22. Malofeev A.A., ZHelonkin S.S. YUridicheskaya harakteristika konfiskacionnoj sankcii za sovershenie sdelok, predusmotrennyh st. 169 i st. 179 Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii // Vestnik Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta MVD Rossii. — 2010. — № 4(48). — S. 91 – 97.
23. Mezhdunarodnaya klassifikaciya boleznej MKB-10 (Adaptirovannyj variant v trekh chastyah), prinyata 43-j Vsemirnoj assambleej zdravoohraneniya / NII im. N.A. Semashko. M., 1999. Dokument vstupil v silu s 1 yanvarya 1999 g. (p. 4.3 Prikaza Minzdrava RF ot 27 maya 1997 g. № 170).
24. Opredelenie VS RF ot 17 maya 2016 g. № 2-KG16-2 // SPS «Konsul'tantPlyus».
25. Opredelenie VS RF ot 25 iyulya 2016 g. po Delu № 305-EHS16-2411, A41-48518/2014.
26. Opredelenie VS RF ot 27 iyunya 2017 g. № 303-EHS17-7287 // SPS «Konsul'tantPlyus».
27. Opredelenie VS RF ot 5 iyunya 2012 g. po Delu № 11-KG12-3 [Dokument opublikovan ne byl] // SPS «Konsul'tant Plyus»;
28. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF «Ob otkaze v prinyatii k rassmotreniyu zhaloby otkrytogo akcionernogo obshchestva "Ufimskij neftepererabatyvayushchij zavod" na narushenie konstitucionnyh prav i svobod st. 169 Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii i abz. 3 p. 11 st. 7 Zakona Rossijskoj Federacii "O nalogovyh organah Rossijskoj Federacii"» ot 8 iyunya 2004 g. № 226-O // SPS «Konsul'tantPlyus».
29. Parcij YA.E. Postatejnyj kommentarij k Federal'nomu zakonu «O vnesenii izmenenij v podrazd. 4 i 5 razd. I ch. 1 i st. 1153 ch. 3 Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii» ot 7 maya 2013 g. № 100-FZ [Podgotovleno dlya sistemy «Konsul'tantPlyus», 2013] // SPS «Konsul'tantPlyus».
30. Postanovlenie Prezidiuma VAS RF ot 22 marta 2012 g. № 6136/11 po Delu № A60-29137/2010-S5 // Vestnik VAS RF. — 2012. — № 7.
31. Semejnyj kodeks Rossijskoj Federacii ot 29 dekabrya 1995 g. № 223-FZ (red. ot 1 maya 2017 g.).
32. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. T. 1 / pod red. V.A. Ryasenceva. — M.: YUridicheskaya literatura, 1975. — S. 212–215.
33. Sovetskoe grazhdanskoe pravo: uchebnik: v 2 t. T. 1 / pod red. O.A. Krasavchikova. — M., 1968 - 1969. - 516 s.
34. Tuzov D.O. Konfiskaciya poluchennogo po sdelke, protivnoj osnovam pravoporyadka ili nravstvennosti v sudebno-arbitrazhnoj praktike i proekte izmenenij Grazhdanskogo kodeksa Rossii // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. — Seriya «YUridicheskie nauki». — 2011. — № 1. — S. 36 – 50.
35. Ugurchieva H.O. Protivorechie celi sdelki «osnovam nravstvennosti» kak osnovanie ee nedejstvitel'nosti po st. 169 GK RF // Vestnik ehkonomiki, prava i sociologii. — 2011. — № 3. — S. 145 – 148.
36. Ushakov D.N. Tolkovyj slovar' sovremennogo russkogo yazyka. — M.: «Adelant», 2014. — 800 s.
37. Hvostickij M.V. Pravovoe regulirovanie nedejstvitel'nyh sdelok, sovershennyh s cel'yu, protivnoj osnovam pravoporyadka ili nravstvennosti: yuridicheskie oshibki i sposoby ih resheniya // YUridicheskie issledovaniya. — 2017. — № 2. — S. 60 – 67.

TAGS: гражданское право, гражданское законодательство, сделка, недействительная сделка, недействительность сделки, оспоримая сделка, ничтожная сделка, юридический факт, юридические последствия

civil law, civil law, transaction, invalid transaction, invalidity of the transaction, the disputed transaction, void transaction, legal fact, legal consequences

Лакоценина Н.М.,
преподаватель Северо-Кавказского филиала Российского государственного университета правосудия
E-mail: nataadvokatura@mail.ru

Abstract

This article, which has a comparative legal format, is devoted to actual scientific problems — identification of commonality and specificity of regulation of void transactions in the civil legislation of Russia and Tajikistan. ■

N.M. Lakocenina,
teacher North-Caucasian Branch Russian state University of Justice

Аннотация

Данная статья, имеющая сравнительно-правовой формат, посвящена актуальной научной проблематике — выявлению общности и специфики регулирования ничтожных сделок в гражданском законодательстве России и Таджикистана. ■

The Role of Domestic Courts in Ascertaining and Shaping Public International Law

Роль внутренних судов в оспаривании и формировании международного публичного права*

A. Introduction

In order to take part in the exercise of identifying, ascertaining and enforcing international law, a domestic legal system must be open to the application of international law by domestic courts. This precondition is usually referred to as the question whether and under what conditions international law is directly applicable in the domestic legal order or can be regarded as "self-executing."[1]

Whether or not international law is directly applicable in a domestic legal order ultimately rests on a political decision of the forum state which is usually "translated" in specific constitutional law norms that transform this political decision into law. As a matter of principle, international law does not require that states accord direct applicability to its rules.[2] Rather, states are generally free how to abide by international law and whether to give it direct effect or whether to transform it into domestic rules of law corresponding to what international law demands.[3] Only in a few cases, treaty clauses expressly state that some treaty provisions are to be directly applied in the domestic legal systems of the

* This article is based on earlier works on the subject of customary international law and the role of domestic courts, such as August Reinisch, 'The International Relations of National Courts: A Discourse on International Law Norms on Jurisdictional and Enforcement Immunity', in: A. Reinisch/U. Kriebaum (eds.), The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold (eleven international publishing 2007), 289-309; Peter Bachmayer/August Reinisch, 'The Identification Customary International Law in Austrian Courts', in: 17 Austrian Review of European and International Law (2015), 1-48.

[1] See in general, e.g., Dinah Shelton (ed.), International Law and Domestic Legal Systems – Incorporation, Transformation, and Persuasion (OUP 2011); with regards to treaties, see Jacobs and S Roberts (eds), The Effect of Treaties in Domestic Law (1987); Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee and L. Benjamin Ederington (eds.), National Treaty Law and Practice (Nijhoff 2005); David Sloss (ed.), The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement – A Comparative Study (CUP 2009); Albert Bleckmann, 'Self-executing Treaty Provisions' in: Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law IV (2000) 374; Karen Kaiser, 'Direct applicability', in: Wolfrum (ed.), Encyclopedia of Public International Law IX (2012) 1108; for a different approaches of dealing with self-executing treaties (albeit with a focus on U.S. doctrine), see Carlos M. Vázquez, 'The Four Doctrines of Self-Executing Treaties' 89 AJIL 695 (1995).

[2] Frédéric Mégret, 'International law as law', in: James Crawford and Martti Koskenniemi (eds.), The Cambridge Companion to International Law (CUP 2012) 64, 69 ("[Obligations] apply primarily in the sphere of state-to-state relations and there is little pressure by international law to make its norms part of domestic law.").

[3] This is confirmed by Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) ("Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.").

contracting parties.[4] Likewise, they may also expressly exclude such direct applicability.

While the possibility of according international law rules direct applicability is usually associated with legal "monism", the need to transform or "incorporate" international law norms through the adoption of domestic law is normally regarded as an expression of "dualism".[5] In practice, most national legal systems that permit direct applicability of international law require that such an international law rule must be sufficiently clear and precise in order to be applied by domestic courts and administrative bodies.[6]

B. Identification of International Law

Domestic courts often have to apply international law in the form of treaty and/or customary international law: this requires treaty interpretation and identification of custom. The first might often be considered the easier task, the second the more challenging one, in particular in countries with a strong codification tradition, where "unwritten sources" of law are viewed with scepticism. There is renewed interest in the identification of customary international law which is evident in the work of the International Law Association (ILA)[7] and more recently the UN's International Law Commission (ILC) which, in 2012, included the topic "Formation and evidence of customary international law" in its programme of work,[8] and subsequently decided to focus on the question of the "Identification of customary international law".[9]

Domestic court decisions themselves may be regarded as subsidiary sources for the determination of international law. While it is, of course, true that Article 38(1)(d) ICJ Statute merely refers to "judicial decisions" as subsidiary means for the determination of rules of law,[10] it is today generally accepted that also national court decisions can serve as such "subsidiary means for the determination of rules of law".[11] More explicitly, Article 24 of the Statute of the ILC acknowledges the role of both domestic and international courts.[12]

Just like those issued by international courts and tribunals, national court decisions constitute *de facto* "precedents"[13] on issues of international law, as a result of their persuasive authority.[14] Thus, decisions both of international tribunals on the one hand and of national courts on the other hand may be relied on to determine a given rule of international law.

In the ILC's recent work on "Identification of customary international law" there is an interesting principled differentiation between international and national jurisprudence on international law and its respective relevance. Draft Conclusion 13 provides as follows:

"Decisions of courts and tribunals

1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, concerning the existence and content of rules of customary international law are a subsidiary means for the determination of such rules.

2. Regard may be had, as appropriate, to decisions of national courts concerning the existence and content of rules of customary international law, as a subsidiary means for the determination of such rules."

This inserts a remarkable distinction which is not apparent from and ILC Statute[15] which refers to both national and international court decisions as equivalent forms of evidence of international law. The wording of Draft conclusion 13 clearly ranks decisions of international courts higher than those of national ones. The former "are" a subsidiary means for the determination of such rules, while "[r]egard may be had, as appropriate, to" the latter only. This indicates that they are not automatically enjoying the same level of deference as international court decisions do.

This seems to reflect the Special Rapporteur's scepticism towards the ability of national courts "to get in-

[4] Advisory Opinion concerning the Jurisdiction of the Courts of Danzig, Permanent Court of International Justice, 2 March 1928, Ser. B No. 15, 17 et seq. ("[…] the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts.").

[5] E.g., Pierre-Marie Dupuy, 'International Law and Domestic (Municipal) Law', Max Planck Encyclopedia of Public International Law (April 2011) para. 13; Dinah Shelton, 'Introduction', in: idem (ed.), International Law and Domestic Legal Systems – Incorporation, Transformation, and Persuasion (OUP 2011) 1, 10.

[6] See Kaiser, 'Direct applicability', supra note 1, at 1111 et seq. See already Foster v Neilson, 27 US 253, 314 (1829) (holding that a treaty is "self-executing" when it 'operates of itself without the aid of any legislative provision') or A and B v Government of the Canton of Zurich, Appeal against a Regulation of 15 September 1999 adopted by the Canton of Zurich on the Tuition at Schools of Higher Education, Case No 2P.273/1999, BGE 126 I 242, ILDC 350 (CH 2000), 22nd September 2000, Switzerland; Federal Supreme Court [BGer] ('2b Switzerland was a country with a monist tradition: an international treaty ratified by the Federal Council formed part of federal law from the time of its entry into force for Switzerland; it was immediately binding on the authorities without need for it to be incorporated in the internal legal system through the adoption of a special law. However, the provisions of an international treaty could only be invoked by individuals before the national courts if they were self-executing, that is: if they had a sufficiently clear and tangible content to form the basis of a decision. Treaty provisions of a programmatic character could not be considered as self-executing: they did not establish individual rights that could be invoked before national courts, but needed to be elaborated and given appropriate form by the legislator.').

[7] See ILA Resolution 16/2000, Formation of General Customary International Law, adopted on 29 July 2000 by the International Law Association, reprinted in International Law Association, Report of the Sixty-ninth Conference (London 2000) 39.

[8] Formation and evidence of customary international law, Note by Sir Michael Wood, Special Rapporteur, 30 May 2012, UN-Doc. A/CN.4/653. ILC Report 2012, A/67/10, pp. 108-115, at 108.

[9] ILC Report 2013, A/68/10, pp. 93-100, at 100.

[10] Statute of the International Court of Justice; available at http://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf.

[11] Hugh Thirlway, 'Law and Procedure, Part Two', 61 BYIL (1990) 128; Maurice Mendelson, 'The Formation of Customary International Law', 272 RdC (1998) 200; Peter Malanczuk, Akehurst's Introduction to Modern International Law (7th ed., 1997) 51. See, however, Alain Pellet, 'Article 38', in Andreas Zimmermann et. al. (eds.), The Statute of the International Court of Justice. A Commentary (OUP 2006) 788 ("[…] the present writer tends to share the view that these decisions should better be treated as elements of State practice in the customary process or, maybe, as being at the cross-road between evidence of practice and opinio juris.").

[12] Statute of the International Law Commission, adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981 ("The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the collection and publication of documents concerning State practice and of the decisions of national and international courts on questions of international law, and shall make a report to the General Assembly on this matter."); available at http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf.

[13] Cf. Shane Darcy, Judges, Law and War, The Judicial Development of International Humanitarian Law (CUP 2014) 25-37, who doubts that the use of this term would be "wholly accurate"; see also Aldo Zammit Borda, 'The Use of Precedent as Subsidiary Means and Sources of International Criminal Law', 18 Tilburg Law Review 65 (2013) 80, stressing the heavy reliance of international criminal courts on external judicial decisions.

[14] See H. P. Glenn, 'Persuasive Authority', 32 McGill L.J. 261 (1987). See also Mohamed Shahabuddeen, Precedent in the World Court (1996); Robert Jennings, 'The Judiciary, International and National, and the Development of International Law', 45 ICLQ (1996) 9. In regard to other dispute settlement forms, see Raj Bhala, 'The Precedent Setters: De facto stare decisis in WTO Adjudication', 9 Journal of Transnational Law & Policy 1 (1999).

[15] See supra note 15.

ternational law right".[16] As will be discussed below it contrasts with the more important role of national courts in regard to the formation of international law.[17] But also on a more general conceptual level, it is hard to accept that domestic court judgments should enjoy an inferior status as a subsidiary source of international law than international court decisions. Whatever their formal status, the relevance and reliability of any judicial pronouncement depends upon the quality of its reasoning. The fact that domestic courts may be more likely to get it not always right when dealing with an international law issue and that international courts, in particular the ICJ, are more likely to do so is no principled argument to accord the latter a higher status than the other. Their equal treatment in the ICJ and ILC Statutes as well as by most of the scholarly works indicates that any differentiated treatment should solely depend upon their intrinsic quality and not on their formal quality as national or international court decision.

Therefore, it is questionable to what extent a sharp distinction between international and national decisions is necessary. Should the circumstances be deemed to require distinguishing international from national decisions, the focus should not be so much on the institutional classification of a decision-making body, but rather on the law applied by that body.[18] At any rate, it should always be borne in mind that national courts may often act in a dual capacity as both enforcers and creators of international law.[19] In addition, authors have pointed to the intricacy of asserting whether it is really a rule of international law that a certain national court has applied or indeed whether a national judge has perhaps been of a mistaken conviction of applying international law when in fact the rule in question is only of a purely national nature.[20] Also, caution has been advised with a view to the varying value of national decisions which are sometimes based on insufficient sources, may contain only limited analyses of international law issues[21] or may suffer from either a "subconscious national bias" or – in countries lacking independence of the judiciary from the executive – even a conscious national bias.[22]

National court decisions which reflect international law and, in particular, rules of customary international law can be found in many fields. One of the most prominent is certainly the field of state immunity, where courts are not restricted to ascertaining the law, but actually shape it as well.[23] For present purposes, however, the emphasis is on national court decisions as evidence of or subsidiary means for the determination of customary international law.

In this regard the approach in *Hoffmann v. Dralle or Dralle v. Czechoslovakia,*[24] a leading 1950 Austrian Supreme Court case confirming the restrictive state immunity doctrine,[25] was exemplary. In that case a domestic court very closely scrutinized state practice in the form of national court decisions in order to ascertain the content of the state of customary law on state immunity.

The case arose from a complex trade mark dispute between Mr. Hoffmann, the Austrian representative of the German cosmetics manufacturer "Georg Dralle" and the state-owned company "Jiri Dralle", the Czech branch of the German firm which had been nationalized by Czechoslovakia after World War II. While the substance of the dispute related to the potential extraterritorial effect of the Czechoslovak nationalization decree (which was eventually denied) the preliminary question for the courts was whether a foreign state could be sued before Austrian courts with regard to a dispute involving the use of trademarks. The claimant had sought an injunction against the Czechoslovak state-owned company to restrain it from claiming the exclusive right to use the Dralle trademark in Austria. The Austrian Supreme Court came to the conclusion that since the respondent's claim to immunity from jurisdiction concerned the commercial activities of a foreign sovereign state rather than its political activities the respondent was subject to the jurisdiction of the Austrian courts.[26] While this result is not surprising under a restrictive immunity standard,[27] the remarkable part of the decision is the thorough and in-depth analysis which led the Court to conclude that the doctrine of absolute state immunity was no longer generally accepted and that there was thus no customary international law obligation to accord immunity to Czechoslovakia.

After an initial examination of the pertinent Austrian case-law on state immunity where in ten of its previous decisions immunity had been partly denied where a respondent state had acted like a private undertaking, the Supreme Court concluded that "it cannot be said that there is any uniformity of case law in so far as concerns the extent to which foreign states are subject to Austrian jurisdiction."[28]

It then turned to an analysis of foreign jurisprudence, recognizing that the issue whether foreign states were immune regarding their commercial activities was a question of international law and that such a potential rule of customary international law could be ascertained best by analysing the judicial practice of states. In the court's words:

"In view of the fact that we are here concerned with a question of

[16] ILC, First report on formation and evidence of customary international law by Special Rapporteur Michael Wood, UN Doc. A/CN.4/663 (17 May 2013), para. 84.

[17] See infra text at note 37.

[18] Aldo Zammit Borda, 'A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals', 24 EJIL 649 (2013) 658-659.

[19] Anthea Roberts, 'Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law', 60 ICLQ 57, 91-92 (2011).

[20] Peter Malanczuk, Akehurst's Introduction to Modern International Law (7th ed., 1997) 51, referring to Karl Doehring, 'The Participation of International and National Courts in the Law-Creating Process', 17 South African Yearbook of International Law 1 (1991/2); Robert Y. Jennings, 'The Judiciary, International and National, and the Development of International Law', 45 ICLQ 1 (1996).

[21] James Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law (8th ed., OUP 2012) 41.

[22] Georg Schwarzenberger, 'The Inductive Approach to International Law', 60 Harvard Law Review 539 (1947) 554-556, providing five ways in which national courts are handicapped as compared with international courts and tribunals, e.g. constitutional constraints.

[23] See infra text at note 37.

[24] OGH 1 Ob 171/50 (Dralle v. Republic of Czechoslovakia), 10 May 1950, ILDC 2833 (AT 1950), SZ 1950 No. 23/143, p. 304-332; 17 ILR 155.

[25] See for a detailed discussion Peter Bachmayer/August Reinisch, 'The Role of Judges at Austrian Courts in the Development of International Law', 14 The Law and Practice of International Courts and Tribunals (2015), 151-170.

[26] 17 ILR 155.

[27] See Hersch Lauterpacht, 'The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States', 28 BYIL (1951) 220; Christoph Schreuer, State Immunity: Some Recent Developments (1988); Pingel-Lenuzza, Les Immunités des Etats en Droit International (1997).

[28] 17 ILR 155, 157.

international law we have to examine the practice of the courts of civilised countries and to find out whether from that practice we can deduce a uniform view; this is the only method of ascertaining whether there still exists a principle of international law to the effect that foreign states, even in so far as concerns claims belonging to the realm of private law, cannot be sued in the courts of a foreign state."[29]

What follows is a truly impressive overview of mostly European, but also non-European jurisprudence developing the distinction between sovereign and commercial activities, *acta iure imperii and acta iure gestionis,* in order to limit state immunity to acts manifesting an exercise of sovereign powers. The court extensively cites from Italian, Belgian and Swiss cases and then continues to cite Egyptian, German, English, American, Czech, Polish, Portuguese, French, Romanian, Brazilian, and Russian case-law in order to conclude that

"[...] it can no longer be said that jurisprudence generally recognizes the principle of exemption of foreign states in so far as concerns claims of a private character, because the majority of courts of different civilised countries deny the immunity of a foreign state, and more particularly because exceptions are made even in those countries which today still adhere to the traditional principle that no state is entitled to exercise jurisdiction over another state."[30]

Subsequently, the Court also addressed a number of other documents which dealt with the question of state immunity, ranging from treaties[31] to various non-binding resolutions,[32] and scholarly works, all supporting the principle of restrictive immunity.

In the view of the Austrian Supreme Court, these "various proposals of international associations" equally showed that "the classic doctrine of unlimited immunity no longer correspond[ed] to the view expressed in legal practice."[33]

On this basis the Court concluded that

"[...] it can no longer be said that by international law so-called acta gestionis are exempt from municipal jurisdiction. This subjection of the acta gestionis to the jurisdiction of states has its basis in the development of the commercial activity of states. The classic doctrine of immunity arose at a time when all the commercial activities of states in foreign countries were connected with their political activities, either by the purchase of commodities for their diplomatic representatives abroad, or by the purchase of war material for war purposes, etc. Therefore there was no justification for any distinction between private transactions and acts of sovereignty. Today the position is entirely different; states engage in commercial activities and, as the present case shows, enter into competition with their own nationals and with foreigners. Accordingly, the classic doctrine of immunity has lost its meaning and, ratione cessante, can no longer be recognized as a rule of international law. ... For these reasons the Supreme Court reaches the conclusion that in the present case the question of jurisdiction must be answered in the affirmative."[34]

On the merits, the Court held that the Czech nationalization measures would not be accorded extraterritorial effect. Thus, the rights of the German company and its Austrian representative were still in existence and could be enforced via the injunction sought by the claimant.

As regards the evidence relied upon for the central question of state immunity, the Austrian Supreme Court obviously engaged in a very diligent analysis of both Austrian and foreign case-law. With regard to immunity issues such a case-law analysis is of course highly appropriate since it is the court decisions themselves which are both a manifestation of relevant state practice (it is national courts according or denying immunity) and of *opinio juris* (by deciding in favour or against immunity national courts as organs of a state express an attributable conviction whether they think that their result is required or permitted by international law). Thus, it seems correct to look at the actual court practice in order to establish a rule of customary international law on state immunity.

[29] 17 ILR 155, 157f.

[30] 17 ILR 155, 161.

[31] Treaty of Saint-Germain-en-Laye (Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Austria), 10 September 1919, 226 CTS 8, Article 233 ("If the Austrian Government engages in international trade, it shall not in respect thereof have or be deemed to have any rights, privileges or immunities of sovereignty.").

[32] E.g., Resolution of the Imperial Economic Conference of the British Empire in 1923 and a similar recommendation in the Report of the World Economic Conference held at Geneva in 1927, to the work of academic associations and institutions like ILA and IDI resolutions and a draft of the Harvard Law School of 1932.

[33] 17 ILR 155, 163.

[34] 17 ILR 155, 163.

The fact that any such case-law analysis might ultimately be incomplete for the purpose of establishing conclusively a sufficiently consistent and general practice seems to have motivated the court to look for an answer in a rather indirect way. One should note that the *Dralle* court did not establish that there was a rule of customary international law according to which states no longer enjoyed immunity for commercial/*iure gestionis* activities. Rather, the court used the case-law survey to conclude that the principle of state immunity also for claims of a private character can no longer be upheld since the majority of national courts denied immunity in such cases.[35] In other words, it was the demise of the absolute state immunity doctrine which led the court to believe that it was entitled to deny immunity for the private law activities of a foreign state which engaged in a commercial activity and tried to dissuade a competitor from using certain trademarks.

Unfortunately, the Austrian Supreme Court never repeated such an elaborate exercise of thoroughly scrutinizing domestic and foreign national case law on an issue in order to determine the content of a rule of customary international law. More recently it mostly relied on the other subsidiary source mentioned in Article 38(1)(d) ICJ Statute, i.e. scholarly works in order to determine the existence of IL.[36] Nevertheless, this early precedent can serve as an important reminder of a correct comparative law approach in order to assess not only the view of other state courts, but to determine their state practice and *opinio juris*.

Clearly there are myriads of national court decisions dealing with many aspects of customary international law ranging from state immunity to use of force.[37] But in the present context on example was highlighted in more detail to demonstrate the potential of domestic courts as evidence of relevant state practice and *opinio juris*.

C. Formation

As already mentioned, domestic courts are not only important as subsidiary sources for the identification of international law, they may also function as creators and shapers of international law, in particular that most elusive source, customary international law. In other words, decisions of national courts may contribute to the formation or creation of customary international law, in so far as their decisions can be regarded as both practice and *opinio juris* of states in the sense of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice which refers to customary international law as "evidence of a general practice accepted as law"[38] and lists it as one of the main sources of international law. Custom is generally considered to be formed by two essential elements: (1) a consistent practice of states as indicated by a state's behavior towards other states as well as by internal acts like domestic legislation, government memoranda or judicial decisions if they relate to the international field; and (2) the belief that such a practice has a legally binding effect upon the state (*opinio juris*).

In the ILC's work on the "Identification of customary international law",[39] that is currently about to be finalized, domestic court decisions are clearly viewed as both practice and *opinio juris*.

Draft conclusion 5 specifies that "State practice consists of conduct of the State, whether in the exercise of its executive, legislative, judicial or other function."[40] The Commission indicated that "[p]ractice may take a wide range of forms"[41] and that "[f]orms of State practice include, but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct 'on the ground'; legislative and administrative acts; and decisions of national courts."[42]

According to draft conclusion 10, the "evidence of acceptance as law (*opinio juris*) may take a wide range of forms";[43] these "[f]orms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*) include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference".[44]

The role of national court decisions as evidence of state practice and indicating *opinio juris* has also been widely acknowledged in the legal literature.[45]

Especially in the field of state immunity also the ICJ has acknowledged that the judicial practice of domestic courts is "most pertinent".[46] More specifically, the court held in the Case *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)*:

"State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States, first in the course of the extensive study of the subject by the International Law Commission and then in the context of the adoption of the UNCSI. *opinio juris* in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to

[35] See supra note 37.

[36] See Peter Bachmayer/August Reinisch, 'The Role of Judges at Austrian Courts in the Development of International Law', in: 14 The Law and Practice of International Courts and Tribunals (2015), 151, at 169.

[37] See, eg, Rosanne van Alebeek and Riccardo Pavoni, 'Immunities of States and Their Officials' and Christy Shucksmith and Nigel D. White, 'Use of Force', each in: André Nollkaemper and August Reinisch, International Law in Domestic Courts. A Casebook (OUP, forthcoming).

[38] Article 38(1)(b) ICJ Statute.

[39] See Draft conclusions on "Identification of customary international law" as adopted on first reading; reprinted in ILC Report 2016, A/71/10, 76-79.

[40] Draft conclusion 5, ibid.

[41] Draft conclusion 6, ibid.

[42] Ibid.

[43] Draft conclusion 10, ibid.

[44] Ibid. In addition, "[f]ailure to react over time to a practice may serve as evidence of acceptance as law (opinio juris), provided that States were in a position to react and the circumstances called for some reaction."

[45] ICTY, Prosecutor v. Tadic Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-l-A, ICTY Appeals Chamber 2 October 1995, para 99; ILC Report 'Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available' (1950), Yearbook of the ILC 1950 Vol. II, pp. 367-74, at 370, para 54; Moremen, 'National Court Decisions as State Practice – A Judicial Dialogue?' 32 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 259 (2006).

[46] Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening), Judgment of 3 February 2012, p. 31, para. 73 ("for the purposes of the present case the most pertinent State practice is to be found in those national judicial decisions … .").

such immunity from the jurisdiction of other States; in the acknowledgment, by States granting immunity, that international law imposes upon them an obligation to do so; and, conversely, in the assertion by States in other cases of a right to exercise jurisdiction over foreign States'."[47]

Indeed, the "formative" role of national court decisions is most prominent in the field of immunities where their role is actually a dual one not only declaratory of *opinio juris*, but also manifesting state practice by granting or denying immunity.

One of the most interesting cross-jurisdictional debates concerns the controversial issue of existence of a possible *jus cogens* exception to state immunity[48] which concerns and illustrates the question of a sufficiently wide-spread consistent practice for the formation of customary international law.[49]

It will be recalled that after the Greek Supreme Court[50] also the Italian highest court, the Corte di Cassazione, held in the *Ferrini* case[51] that not only in cases of commercial/*jure gestionis* acts foreign states should enjoy no immunity from suit, but even in cases of sovereign acts insofar as they were contrary to norms of a *jus cogens* character.[52] It thus concluded that Germany did not enjoy sovereign immunity from damages actions brought by private parties, victims of atrocities during World War II.

It soon turned out though that such a perceived *jus cogens* exception from state immunity was not widely accepted by other national courts. To the contrary, most other courts rejected this assertion, among them German,[53] French,[54] English[55] and Canadian[56] courts as well as most famously the House of Lords in its *Jones* decision[57] with the metaphor alluding to the saying that "one swallow does not make summer".[58]

The controversy between the *Jones* and the *Ferrini* courts has been reflected in legal scholarship.[59] In *Jurisdictional Immunities of the State,*[60] the ICJ has followed the "conservative *Jones* approach, and it is to be expected that this judgment will guide practice in the future.[61] One first example was the ECtHR with its 2014 decision in *Jones v. UK*.[62]

This "unsuccessful" attempt at shaping international law through national judicial *fiat*, can be contrasted with an example of a more successful one, i.e. the relatively rapid acceptance of the concept that embassy bank accounts are presumed to serve governmental purposes and are thus exempt from enforcement measures. While the notion that the enforcement immunity of state assets depends upon the purpose these assets are serving has already developed gradually over the 20th century in a number of national jurisdictions, the specific exemption and public purpose presumption of embassy accounts has been explicitly stated and reasoned in a German constitutional court decision which then particularly influenced many other national court decisions, or to paraphrase the Jones decision: "a swarm of swallows makes a summer".

In the so-called *Philippine Embassy Bank Account Case* the German Constitutional Court found that:

"[t]here is a general rule of international law that execution by the State having jurisdiction on the basis of a judicial writ of execution against a foreign State, issued in relation to non-sovereign action (*acta iure gestionis*) of that State upon that State's things located or occupied within the national territory of the State having jurisdiction, is inadmissible without assent by the foreign State, insofar as those things serve sovereign purposes of the foreign State at the time of commencement of the enforcement measure."[63]

---

[47] Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening) [2012] ICJ Rep 99, para 55.

[48] See Lee M. Caplan, 'State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory', 97 AJIL 741 (2003); Thomas Giegerich, 'Do Damages Claims Arising from Jus Cogens Violations Override State Immunity from the Jurisdiction of Foreign Courts?', in Tomuschat and Thouvenin (eds.), The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes (2006); Christian Tomuschat, 'L'immunité des États en cas de violation grave des droits de l'homme', 2005 RGDIP 51 (2005); Andrea Bianchi, 'Denying State Immunity to Violators of Human Rights', 45 Austrian Journal of Public and International Law 195 (1994).

[49] Conclusion 8(1) on "Identification of customary international law" as adopted on first reading, supra note 39 ("The relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent.").

[50] Germany v. Prefecture of Voiotia (Representing 118 persons from Distomo village), Greece, Supreme Court, 4 May 2000, ILDC 287 (GR 2000).

[51] Ferrini v. Germany, Appeal decision, Cass no 5044/04, ILDC 19 (IT 2004), 11 March 2004, Italy; Supreme Court of Cassation.

[52] Ibid. ('9.1. The recognition of immunity from jurisdiction for States that are responsible for such offences is in blatant contrast with the normative framework outlined above, since this recognition obstructs rather than protects such values, the protection of which is rather to be considered [...] essential for the entire international community [...] [T]here can be no doubt that this antinomy must be resolved by giving precedence to the higher-ranking norms [...] This therefore rules out the possibility that in such hypotheses the State could enjoy immunity from foreign jurisdiction [...] 9.2. [...] Respect for inviolable human rights has by now attained the status of a fundamental principle of the international legal system [...] And the emergence of this principle cannot but influence the scope of other principles that traditionally inform this legal system, particularly that of the "sovereign equality" of States, which constitutes the rationale for the recognition of State immunity from foreign civil jurisdiction. Indeed, legal rules should not be interpreted in isolation since they complement and integrate each other, and the application of one is dependent on the others [...] [These] criteria [also] apply to the interpretation of customary norms, which like the others are part of a system and therefore may only be correctly understood in relation to other norms that form an integral part of the same legal system [...].').

[53] Greek Citizens v. Germany (Distomo case), German Federal Court of Justice, 26 June 2003, ILDC 389 (DE 2003).

[54] Bucheron v. Federal Republic of Germany, Cass. 1e civ., Dec. 16, 2003, Bull. civ. 02-45961.

[55] Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others, CA,12 March 1996, 107 ILR 536.

[56] Bouzari v. Iran, 114 A.C.W.S. 3d 57 (Ont. Super. Ct. Justice 2002), aff'd 71 O.R.3d 675 (Ont. Ct. App. 2004), 128 ILR 586.

[57] Jones, Redress (intervening) and ors (intervening) v. Ministry of the Interior of Saudi Arabia and Lieutenant Colonel Abdul Aziz, Appeal judgment, [2006] UKHL 26, [2006] 2 WLR 1424, [2007] 1 AC 270, [2007] 1 All ER 113, ILDC 521 (UK 2006), 14 June 2006, United Kingdom; House of Lords [HL].

[58] Ibid., paras. 22, 63 ('[...] The Ferrini decision cannot in my opinion be treated as an accurate statement of international law as generally understood; and one swallow does not make a rule of international law. The more closely-reasoned decisions in Bouzari [...] are to the contrary effect. [...] [T]he Ferrini case should be seen rather as giving priority to the values embodied in the prohibition of torture over the values and policies of the rules of state immunity. I think that this is a fair interpretation of what the court was doing and, if the case had been concerned with domestic law, might have been regarded by some as "activist" but would have been well within the judicial function. [...] [T]he ordering of competing principles according to the importance of the values which they embody is a basic technique of adjudication. But the same approach cannot be adopted in international law, which is based upon the common consent of nations. It is not for a national court to "develop" international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states [...].').

[59] A Roberts, 'Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law' (2011) 60 ICLQ 57.

[60] Jurisdictional Immunities, supra note 47.

[61] See indeed Netherlands, Supreme Court, Stichting Mothers of Srebrenica and ors v Netherlands and United Nations, 13 April 2012, ILDC 1760 (NL 2012).

[62] Jones and others v. United Kingdom, ECtHR, App. Nos. 34356/06 and 40528/06, 14 January 2014, para. 198.

More specifically with regard to embassy accounts the Court held:

"Claims against a general current bank account of the embassy of a foreign State which exists in the State of the forum and the purpose of which is to cover the embassy's costs and expenses are not subject to forced execution by the State of the forum."[64]

Most interesting in this context is a practical rule developed by the German court in order to assure that practical viability of this exemption of embassy accounts. It held that

"Because of the difficulties of delimitation involved in judging whether that ability to function is endangered, and because of the potential for abuse, general international law makes the area of protection enjoyed by the foreign State very wide and refers to the typical, abstract danger, but not to the specific threat to the ability of the diplomatic mission [...]. [...] for the executing authorities of the receiving State to require the sending State, without its consent, to provide details concerning the existence or the past, present or future purposes of funds in such an account would constitute interference, contrary to international law, in matters within the exclusive competence of the sending State."[65]

The *Philippine Embassy Bank Account* judgment is like the *Dralle case*[66] an outstanding example of a national court decision carefully and extensively analyzing both legal writings and domestic as well as foreign case-law on the subject matter to be decided.[67] It has thus been widely relied upon by other also non-German courts in their jurisprudence on the matter. And this reliance expressly extended to the presumption of a public purpose of embassy accounts.

For instance, in England the *Alcom* decision closely followed the reasoning of the German Constitutional Court. Lord Diplock expressly referred to the "comprehensive and closely reasoned judgment of the Constitutional Court of the German Federal Republic" which he considered to be "particularly helpful" and which he found "wholly convincing."[68] With regard to the purpose of embassy accounts the House of Lords held that

"[...] the head of the diplomatic mission's certificate that property is not in use or intended for use by or on behalf of the state for commercial purposes is sufficient evidence of that fact unless the contrary is proved."[69]

Also the Austrian Supreme Court followed the lead of the German Constitutional Court and considered that

"[...] although there was no rule in international law which prohibits execution against foreign States in general, there is such rule as to the execution on property which serves the performance of sovereign (embassy) functions. Due to the difficulties involved in judging whether the ability of a diplomatic mission to function was endangered international law gave wide protection to foreign States and referred to the typical, abstract danger to the ability of the mission to function and not to the specific threat in a particular case."[70]

The reasoning of the German Constitutional Court in the *Philippine Embassy Bank Account Case* was again almost literally followed – although not cited – by the Dutch Council of State which held that it is

"[...] beyond doubt that rules of customary law prescribe immunity from execution in respect of the enforcement of a judgment, even if the court which gave the judgment was competent to do so under these rules (as in the present case) if this execution relates to assets intended for public purposes. [...]."[71]

In addition, the Dutch court considered that

"to require the Turkish mission in the Netherlands to provide a further and more detailed account of the uses to which the account will be put [...] would amount under international law to an unjustified interference in the internal affairs of this mission."[72]

Similarly, Italian cases adopted the reasoning in cases like *Banamar-Capizzi v. Embassy of the Republic of Algeria,* where the Italian Court of Cassation held that

"[a]ttachment or enforcement proceedings are therefore excluded because the funds in question appear to be devoted to financing the expenses necessary to fulfil sovereign purposes. Therefore any attempt to check if such funds are effectively used in whole or in part for those purposes would inevitably result in an undue interference in the affairs of the diplomatic mission."[73]

This relatively consistent jurisprudence in a number of states may be an example of judicial practice contributing to the consolidation of a rule of customary international law. This appears to be reflected in the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property which provides for an exception to enforcement immunity in regard to "assets serving commercial purposes."[75]

D. Decentralized Enforcement

When domestic courts apply international law they are not only identifying and possibly shaping international law. Rather, they may also act as "decentralized enforcers" of international law.

In particular before the recent surge of international courts and tribunals, like the WTO Dispute Settlement Body, the International Tribunal for the Law of The Sea, the International Crim-

[63] Philippine Embassy Case, Germany, Federal Constitutional Court, 13 December 1977, 46 BVerfG, 342; 65 ILR 146, at 164.

[64] 65 ILR 146, at 150.

[65] 65 ILR 146, at 186, 189.

[66] See supra text at note 24.

[67] The judgment extensively cites legal writings starting with Grotius and Bynkershoek as well as decisions of the PCIJ, the ICJ, and national courts decisions from Austrian, Belgian, Czech, Dutch, French, Greek, Italian, Norwegian, English, Swedish, Swiss, and US courts.

[68] Alcom Ltd v. Republic of Colombia, UK, House of Lords, 12 April 1984, [1984] 2 All ER 6, 74 ILR 170, at 182.

[69] 74 ILR 170, at 187.

[70] L-W Verwaltungsgesellschaftmb H&Co.KG v. DVA, Austrian Supreme Court, 30 April 1986, 77 ILR 489; 116 ILR 526.

[71] M.K. v. State Secretary for Justice, The Netherlands, Council of State, President of the Judicial Division, 24 November 1986, 94 ILR 357, at 360.

[72] Ibid.

[73] Banamar-Capizzi v. Embassy of the Republic of Algeria, Italy, Court of Cassation, 4 May 1989, 87 ILR 56, at 60.

[74] UN GAOR, 59th Session, Supp. No. 22 (A/59/22), 16 Dec. 2004, Annex I.

[75] Ibid., Article 19(c).

inal Court, various investment tribunals acting under the ICSID Convention or pursuant to other arbitration rules – a development that some have referred to as "proliferation" of international courts and tribunals,[76] domestic courts have sometimes functioned – and still function – as alternative fora to adjudicate international law disputes where no international dispute settlement mechanism is available.

This claim is very prominent in the case of the so-called Alien Tort Claims Act (ATCA) litigation in the US, where a domestic piece of legislation has been used to bring tort actions against private and public defendants for alleged violations of international law.[77] But there are numerous other examples and types of "enforcement".

Domestic courts may take part in the "enforcement" of international law when they enforce investment

[76] See already John I. Charney, 'Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?', 271 RCADI, 101-382 (1998); Gerhard Hafner, 'Should One Fear the Proliferation of Mechanisms for the Peaceful Settlement of Disputes?', in Lucius Caflisch (ed.), The Peaceful Settlement of Disputes between States 25–41 (Kluwer Law International, The Hague 1998); Benedict Kingsbury, 'Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?', 31 NYU J Intl L & Pol 679–96 (1999); August Reinisch, 'The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? – Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration', in: Isabelle Buffard, James Crawford, Alain Pellet, and Stephan Wittich (eds.), International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner 107-125 (Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2008).

[77] See infra text at note 81.

arbitration awards under the ICSID Convention.[78] This Convention obligates all states to abide by an award possibly rendered against it[79] and, in most cases, the Contracting Parties of the ICSID Convention comply with this treaty obligation.[80] However, the Convention additionally provides for a fall-back mechanism for recalcitrant states to ensure decentralized enforcement of its awards by recourse to the domestic courts of any Contracting Party of the ICSID Convention.[81] In this situation, these national courts serve not merely as enforcers of foreign judgments or of international arbitral awards, as under the New York Convention,[82] but their enforcement of such awards substitutes for the public international law obligation of states to comply with ICSID awards under Article 53(1) of the ICSID Convention. Meanwhile a growing, albeit still rather limited, jurisprudence of national courts has developed addressing enforcement problems, though most of the cases focus on the "remaining" obstacle of enforcement immunity.[83]

A related form of enforcement of international law by domestic courts occurs when they implement United Nations (UN) Security Council imposed economic sanctions aimed at coercing perpetrators of international law to act in accordance with international law. Again there is usually a primary obligation reaffirmed by the Security Council, requesting a certain state or states to abide by general international law or to respect humanitarian law etc. These Security Council resolutions are, if adopted under Chapter VII, binding upon all UN member states. However, where they are not complying with such resolutions, the Security Council is empowered to impose additional sanctions to enhance the pressure upon them. Most non-military sanctions under Article 41 UN Charter took the form of economic sanctions, ranging from partial trade embargoes to comprehensive ones, as well as investment prohibitions and assets freezes. In practice, many of the details will lead to litigation and require domestic courts to act as subsidiary enforcers of UN sanctions and thus indirectly of the international law compliance sought by the Security Council.[84]

Another very important field of decentralized enforcement of international law can be found in international criminal law where domestic courts have long been the primary agents of enforcing, for instance, the war crimes provisions of the Geneva Conventions, but also other international crimes. Even with the establishment of the International Criminal Court under the Rome Statute,[85] the principle of complementarity ensures that national courts will continue to fulfil an important role in this regard. Article 17 of the Rome Statute provides that a case is inadmissible if it "is being [or has been] investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution."[86]

In a more indirect fashion, domestic courts may take part in the enforcement of international law when they refuse recognition of foreign acts that are contrary to international law. A classic example can be found in the non-recognition of unlawful expropriation, questioned by US courts on the basis of the act of state doctrine and partially reinstated by the *Hickenlooper* amendment[87] after the *Sabbatino case*.[88]

Interestingly, also the *Institut de droit international* (IDI) in its 1993 resolution on Activities of National Judges and the International Relations of their State,[89] endorsed such an assertive role of national courts by rejecting both the political questions[90] and the act of state doctrine[91] as a bar to the exercise of jurisdiction.

The most prominent example of a potential enforcement of international law through national courts can be found in another line of US cases, its ATCA litigation.[92] The ATCA of 1789[93] was "rediscovered" in the 1980s when individual torture victims started to sue their tormentors in U.S. courts.[94] Since then it was also used in order to hold both U.S. and foreign companies civilly liable for human rights violations committed outside the U.S. In Doe v. Unocal,[95] the ATCA was first successfully used to establish corporate liability for complicity in human rights vio-

[78] Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), 575 U.N.T.S. 159; 4 I.L.M. 532 (1965).

[79] Article 53(1) ICSID Convention, supra note 77 ("The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.").

[80] See Ch. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch & A. Sinclair, The ICSID Convention – A Commentary 1106-1107 (2d ed. 2009).

[81] Article 54(1) ICSID Convention, supra note 77 ("Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State […].").

[82] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958, 330 U.N.T.S. 38; 7 I.L.M. 1046 (1968).

[83] Andrea K. Bjorklund, 'State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards', in International Investment Law of the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer 302; A. Boralessa, 'Enforcement in the United States and United Kingdom of ICSID Awards Against the Republic of Argentina: Obstacles that Transnational Corporations May Face', 17 N.Y. Int'l L. Rev. 53 (2004); Stefan Kröll, 'Enforcement of Awards', in International Investment Law: A Handbook 1482 (M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe & A. Reinisch eds., 2015); Stanimir A. Alexandrov, 'Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention', in International Investment Law of the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer 322 (2009); A. Reinisch, 'Enforcement of Investment Awards', in: Catherine Yannaca-Small (ed.), Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues 671-697 (2010); C. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch & A. Sinclair, The ICSID Convention. A Commentary 1096 et seq. (2nd ed. 2009).

[84] See V. Gowlland-Debbas, 'Implementing Sanctions Resolutions in Domestic Law', in Gowlland-Debbas (ed.), National Implementation of United Nations Sanctions. A Comparative Study (Leiden: Nijhoff, 2004) 33 et seq.; See among many Diggs v. Shultz, 470 F.2d 461 (D.C. Cir. 1972); Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Minister for Transport, Energy and Communications, Ireland and the Attorney General and TEAM Aer Lingus Ltd [1994] ILRM 551 (Irish High Court).

[85] Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002), 2187 UNTS 3.

[86] Article 17(1)(a) Rome Statute.

[87] Hickenlooper Amendment to the Foreign Assistance Act of 1964, Pub. L No. 86–663, para. 301(d)(4), 78 Stat. 1013 (1964), 79 Stat. 653, 659, as amended 22 USC, para. 23470(e)(2), (1982).

[88] Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino et al., 376 US 398 (1964); 35 ILR 2.

[89] Institut de droit international (IDI), The Activities of National Judges and the International Relations of their State, 65 AnnIDI (1993 I), 328-444. See also Eyal Benvenisti, 'Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts', 4 EJIL 159 (1993).

[90] See Article 2 of the IDI Resolution on The Activities of National Judges and the International Relations of their State, supra note 45: "National courts, when called upon to adjudicate a question related to the exercise of executive power, should not decline competence on the basis of the political nature of the question if such exercise of power is subject to a rule of international law."

[91] See Article 3 of the IDI Resolution on The Activities of National Judges and the International Relations of their State, supra note 45: "1. National courts, when called upon to apply a foreign law, should recognize themselves as competent to pronounce upon the compatibility of such law with international law. They should decline to give effect to foreign public acts that violate international law. 2. No rule of international law prevents national courts from acting as here above indicated."

[92] On the ATCA, in general, see The Alien Tort Claims Act: An Analytical Anthology (Ralph G. Steinhardt & Anthony D'Amato eds., 1999); Beth Stevens & Steven R. Ratner, International Human Rights Litigation in US Courts (1996).

lations by the Burmese government. Although the case was ultimately settled and partly reversed on appeal,[96] it reinforced pending and triggered a number of new ATCA claims against mostly foreign companies for human rights violations abroad, such as against Shell,[97] Texaco/Chevron,[98] Rio Tinto,[99] or Talisman Energy.[100]

While ATCA litigation provides only for a civil liability remedy, it could potentially fill an important gap in so far as international courts and tribunals generally do not provide any remedy against corporate human rights violations. In this sense the potential liability enforced by domestic courts can be regarded as a decentralized enforcement of human rights and humanitarian law provisions. Of course, the recent US Supreme Court decision in *Jesner v. Arab Bank, PLC*[101] may have closed the door to this possibility, after the Court had already held that the ATCA is "strictly jurisdictional" and does not by its own terms provide a cause of action for violations of international law in *Sosa v. Alvarez-Machain*[102] and pronounced its presumption against extraterritoriality in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*[103]

E. Conclusion

In addition to their role of providing evidence for the existence of international law, domestic courts can also have a more direct impact on international law. Their decisions are acts of state organs and as such potential elements of state practice as well as evidence of *opinio juris* und thus partake in the creation and consolidation of international law. It is this multiple role of domestic courts which demonstrates that domestic courts are recipients, shapers and agents of international law.

Finally, national courts do not only evidence and create international law, they may also participate in its decentralized enforcement, by providing causes of actions and recognizing and de-recognising acts in conformity or contrary to international law. ■

August Reinisch is Professor for European and International Law at the University of Vienna and heads its International Law Department. He is a member of the UN International Law Commission, of the Permanent Court of Arbitration and the Institut de droit international. *He wishes to thank Mr. Clemens Treichl for his research assistance.*

Август Рейниш,
член-корреспондент Австрийской академии наук, профессор международного и европейского права Венского университета, заведующий кафедрой международного права Венского университета, член Комиссии международного права ООН, член Постоянной палаты третейского суда (Гаага), член Института международного права (Institut de droit international), Президент Австрийской ассоциации международного права, Председатель Германского общества международного права

Abstract

Domestic courts are usually seen as providing an auxiliary service in determining rules of public international law in so far as their decisions are regarded as subsidiary sources of international law in the sense of Article 38 (1)(d) of the Statute of the International Court of Justice. Although the language of this provision does not expressly refer to domestic courts it is nowadays largely accepted that it is not restricted to international ones.

In addition to their role of providing evidence for the existence of international law, domestic courts can also have a more direct impact on international law. Their decisions are acts of state organs and as such potential elements of state practice as well as evidence of opinio juris und thus partake in the creation and consolidation of international law. Further, national courts may sometimes step into the shoes of their international counterparts to enforce international law, in particular, where the latter are non-existent or not available. It is this triple role of domestic courts which will be analysed on the basis of a number of practical examples, demonstrating that domestic courts are recipients, shapers and agents of international law. ■

August Reinisch,
Corresponding Member of the Austrian Academy of Sciences, Professor for European and International Law at the University of Vienna, Head of the International Law Department, University of Vienna, Member of the UN International Law Commission, Member of the Permanent Court of Arbitration (PCA), Member of the Institut de droit international (IDI), President of the Austrian Branch of the International Law Association, Chairman of the German Society of International Law

Аннотация

Национальные суды играют вспомогательную роль в определении норм международного публичного права постольку, поскольку их решения рассматриваются в качестве вспомогательных источников международного права в смысле статьи 38 Статута Международного Суда ООН. Хотя и статья 38 прямо не упоминает решения национальных судов, тем не менее она не охватывает только решения международных судов. В настоящей статье автором на основе анализа ряда практических примеров раскрывается роль национальных судов в формировании и упрочении международного права. ■

[93] The Alien Tort Claims Act of 1789, 28 U.S.C. § 1350 (1789) ("The district courts shall have original jurisdiction over any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.").

[94] See Filartiga v. Pena-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980) (holding that ATCA provides federal court jurisdiction for an alien to sue for violations of customary international law); Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, 726 F.2d 774, 791–95 (D.C. Cir. 1984) (per curiam) (recognizing the growing pressure to extend liability to private actors but refusing to do so on the facts of the case); Forti v. Suarez-Mason, 672 F. Supp. 1531, 1541 (N.D. Cal. 1987).

[95] Doe v. Unocal Corp., 963 F. Supp. 880 (C.D. Cal. 1997) (holding that Burmese workers subject to human rights violations at the Yadana gas pipeline project had successfully established the oil company's participation in a joint venture with the Myanmar (former Burma) military junta so as to subject the company to potential liability under the Alien Tort Claims Act).

[96] See in detail Peter Muchlinski, Multinational Enterprises and the Law 527–29 (2d ed. 2007).

[97] Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co., 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000) (suit of relatives of the executed Nigerian poet and politician Ken Saro-Wiwa for alleged complicity of the company dismissed on forum non conveniens grounds).

[98] Aguinda v. Texaco, Inc., 850 F. Supp. 282 (S.D.N.Y. 1994), 945 F. Supp. 625 (S.D.N.Y. 1996), vacated sub nom., Jota v. Texaco, Inc., 157 F.3d 153 (2d Cir. 1998); Sequihua v. Texaco, Inc., 847 F. Supp. 61 (S.D. Tex. 1994) (class actions by Ecuador and Peruvian residents seeking relief for damage to a region of Ecuador and neighboring Peru respectively caused by oil exploration and extraction activities of a consortium controlled by the defendant corporation and an Ecuadorian state-owned oil company). The lawsuits were dismissed on grounds of forum non conveniens, the last in 2002 by a US Court of Appeals, see Aguinda v. Texaco, Inc., 300 F.3d 470 (2d Cir. 2002).

[99] Sarei v. Rio Tinto Plc., 221 F.Supp.2d 1116 (C.D. Cal. 2002) (alleging that Rio Tinto was complicit in war crimes and crimes against humanity committed by the army of Papua New Guinea and that one of its mines led to environmental harm contrary to international law). After lengthy litigation on the issue whether the U.S. courts had jurisdiction, and following the Supreme Court's decision in Kiobel, the case was dismissed, see Sarei v. Rio Tinto, Plc., 722 F.3d 1109 (9th Cir. 2013).

[100] Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, 453 F. Supp. 2d 633 (S.D.N.Y. 2003) (corporate complicity in human rights violations by the Sudanese government). The court dismissed the case, which was affirmed in the appeal.

[101] See Jesner v. Arab Bank, PLC, 584 U.S. __ (2018), 24 April 2018 (holding that foreign corporations may not be defendants in suits brought under the Alien Tort Statute).

[102] Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U. S. 692.

[103] Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U. S. 108.

Объективная необходимость совершенствования нормативного регулирования в обеспечении транспортной безопасности на воздушном транспорте

Objective need to improve the regulatory framework for ensuring transport safety in air transport

С принятием в июле и августе 2018 г. постановлений Правительства РФ №886 и 943, утверждающих, соответственно, требования по обеспечению ТБ на ОТИ и ТС воздушного транспорта (сокр.) и правила взаимодействия органов власти и субъектов транспортной инфраструктуры при проверке информации об угрозе АНВ (сокр.), практически **завершено построение системы** правового регулирования системы ТБ, установленной Федеральным законом «О транспортной безопасности», № 16-ФЗ.

И в этом несомненный огромный плюс и заслуга основного норморегулятора – Минтранса и других федеральных ведомств (хотя нельзя не отметить и минус – система сформирована лишь спустя 11 лет после принятия самого закона).

У СТИ, перевозчиков, специалистов и экспертов возникает (впрочем, он стоял и раньше) законный вопрос – как реализовывать эти нормативные требования в условиях **противоречий** (порой коренных) как в самой системе ТБ, так и **нестыковки** с другими нормативными правовыми актами, регламентирующими антитеррористическую защиту объектов и противодействие актам незаконного вмешательства (АНВ). Ведь, говоря откровенно, как Ространснадзор, так и компетентные органы (федеральные агентства) при осуществлении государственного контроля (надзора) и оказании госуслуг подходят к вопросу исключительно с правовой точки зрения – выполнена или не выполнена буква закона. Эффективность построенной СТИ системы защиты от АНВ остаётся, как правило, за кадром. Как результат – привлечь СТИ и его должностных лиц к администра-

тивной ответственности за нарушение норм, правил и процедур по ТБ не представляет труда практически по любой из позиций.

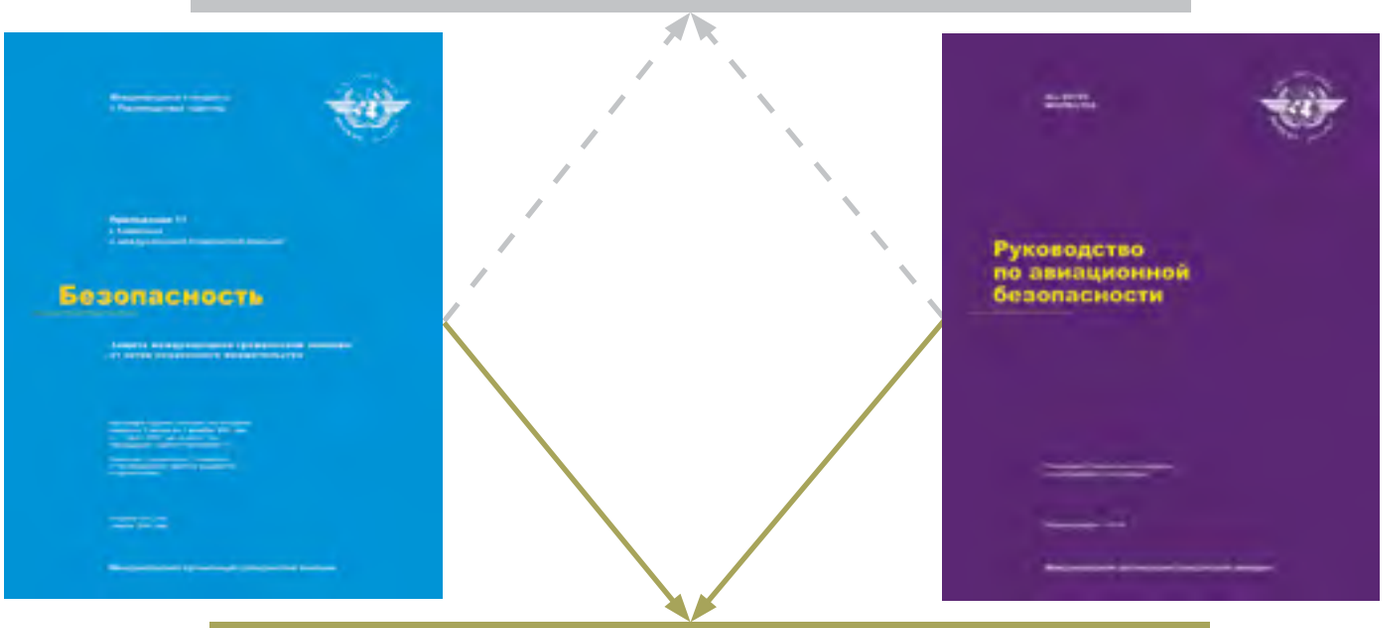
И ещё один глобальный вопрос: а располагают ли СТИ (перевозчики) необходимыми **финансовыми ресурсами** для реализации этих самых норм, правил и процедур по ТБ? Эксперты и специалисты как самих СТИ, так и федеральных органов неоднократно (на страницах профильных изданий и в докладах на различных форумах) показывали на цифрах чрезмерную (часто неоправданную) финансовую нагрузку при полной реализации требований по ТБ.

В этой связи рассмотрим одну животрепещущую проблему, которая поднимается специалистами вот уже 10 лет (см. публикации в журналах «Транспортная безопасность и технологии» и «Аэропорт-партнер», документы Комитета по безопасности Ассоциации «Аэропорт», Ассоциации «Транспортная безопасность» и других форумов) и которая до настоящего времени не разрешена. Речь идёт о наличии и функционировании в сфере воздушного транспорта **двух параллельных систем - ТБ и АБ**, регулирующих, по сути, одну сферу деятельности – защиту гражданской авиации от АНВ. Это, кстати, признаётся и должностными лицами Минтранса и Росавиации, которые при рассмотрении вопроса на различных правительственных и межведомственных совещаниях неизменно настаивали на преждевременности рассмотрения данной проблемы. Мол, давайте сначала примем требования ТБ на воздушном транспорте в том виде, как мы предлагаем (по сути, унифицированный с другими видами транспорта документ), а потом будем заниматься синхронизацией законодательства по ТБ и АБ. Ну вот и приняли (несмотря на аргументированные возражения Минэкономразвития, других федеральных ведомств и СТИ), и что получилось?

Попробуем разложить вопрос, так сказать, «по полочкам».

1. По-прежнему нормативные документы по ТБ (прежде всего Требования по ТБ, утв. постановлением Правительства РФ №886, Правила досмотра, утв. Приказом Минтранса №227 и др.) **не принимают во внимание конвенции, стандарты и рекомендуемую практику ИКАО в области АБ,** ратифицированные Российской Федерацией. А ведь Президентом России еще 01.04.2012 г. подписан документ «Об основах государственной политики РФ в области авиационной деятельности на период до 2020 г.», где в качестве одной из главных целей обозначена необходимость повышения уровней АБ и безопасности полетов с учетом требований стандартов ИКАО.

Требования по обеспечению транспортной безопасности ...ОТИ и ТС воздушного транспорта
(утв. Постановлением Правительства РФ от 28 июля 2018 г. №886)



Федеральные авиационные правила «Требования авиационной безопасности к аэропортам»
(утв. риказом Минтранса РФ от 28 ноября 2005 г. №142)

Снова мы вынуждены констатировать нестыковку (правильнее – абсолютный конфликт) положений законодательства по ТБ и АБ на различных уровнях, прежде всего терминологическом. Таких как: «план обеспечения ТБ – программа АБ», «подразделения ТБ – службы АБ», «аккредитация подразделений ТБ – сертификация в гражданской авиации по АБ», «подготовка и аттестация сил ТБ – обучение сотрудников САБ» и др. Принципиальные различия (не устранимые никаким толкованием) имеются в зонировании территорий аэропортов и ОТИ («контролируемая зона (КЗ)» - «зона транспортной безопасности (ЗТБ)», «охраняемая зона ограниченного доступа» - «перевозочный и технологический сектора ЗТБ») в системе досмотровых мероприятий («предполётный и послеполётный досмотр» - «досмотр, дополнительный досмотр и повторный досмотр») и по ряду других позиций.

Терминология

Законодательство по ТБ		Законодательство по АБ
ТБ — состояние защищенности ОТИ и ТС от АНВ	=	АБ — состояние защищенности от АНВ
АНВ — противоправные действия (бездействие) в т. ч. теракт, угрожающие безопасности деятельности транспортного комплекса	≈	АНВ — противоправные действия (бездействие), угрожающие безопасности виации
Государственное регулирование (категорирование, оценка уязвимости)	≠	Государственное регулирование (лицензирование, сертификация)
Уровни безопасности и порядок их объявления	≠	—
Требования по обеспечению ТБ	≠	Федеральные авиационные правила
План обеспечения ТБ	≈	Программа по АБ
Силы обеспечения ТБ: • подразделения ТБ	≠ ≈	САБ, ведомственная охрана МТ, органы ВД • САБ
Зона транспортной безопасности (ЗТБ) • перевозочный спектор ЗТБ • технологический спектор ЗТБ	= ≈ ≠	Контролируемая зона • охраняемая зона ограниченного доступа • —
Внутренние распорядительные документы	≠	Документация по АБ
Требования к пропускному режиму	≠	Требования к пропускному режиму

Развернутый анализ противоречий законодательства по АБ и ТБ дан в выступлениях и статьях Ю.М. Волынского-Басманова, В.И. Горбачева, Л.П. Любезного, А.Н. Кажуро, А.Н. Никитиной, В.В. Шестернина и других экспертов, в резолюциях и документах комитетов по АБ Ассоциации «Аэропорт», Ассоциации эксплуатантов, Ассоциации «Транспортная безопасность», аэропортов «Домодедово», «Кольцово», ПАО «Аэрофлот» и др.).

Для упрощения будем ссылаться на формулировки НИР «Проблемы транспортной безопасности, обусловленные правовыми коллизиями законодательства в области ТБ и законодательства в области ГА в части, касающейся выполнения международных обязательств РФ по обеспечению защиты ГА от АНВ в соответствии с международными стандартами ИКАО» (далее – НИР), выполненной в ноябре 2015 г. Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (ИЗИСП) по заказу Минтранса РФ.

В данной НИР, ссылающейся, кстати, на вышеназванных экспертов, несмотря на ряд неточностей и спорных формулировок, сделан главный вывод о том, что в нашей стране формируются (можно сказать жёстче – уже сформированы) два самостоятельных правовых института: обеспечения авиационной безопасности (АБ) и обеспечения транспортной безопасности (ТБ). Несмотря на прямое указание в ФЗ-16 на то, что АБ является частью ТБ (ч.3 ст.4), фактически требования указанных институтов **не соотнесены друг с другом и могут дублироваться или даже вступать в противоречие.**

Параллельные системы безопасности на воздушном транспорте

...с принятием Федерального закона «О транспортной безопасности» в Российской Федерации началось формирование двух самостоятельных правовых институтов: обеспечения авиационной безопасности и обеспечения транспортной безопасности. Несмотря на прямое указание в законе на то, что авиационная безопасность является частью транспортной безопасности, фактически требования указанных институтов не соотнесены друг с другом и могут дублироваться или даже противоречить.

...размежевание институтов авиационной безопасности и транспортной безопасности на подзаконном уровне лишь усугубляется.

Из НИР ИЗИСП при Правительстве РФ «Проблемы ТБ, обусловленные правовыми коллизиями законодательства в области ТБ и законодательства в области ГА, в части касающейся выполнения международных обязательств РФ по обеспечению защиты Га от АНВ в соответствии с международными стандартами ИКАО»

К большому сожалению, на сегодняшний день **проблема** ещё более **усугубилась**.

Отсутствие единого понятийно-категориального аппарата приводит к тому, что все усилия в сфере правовой регламентации приобретают «лоскутный», а не системный характер, что нарушает принцип формальной определенности закона, предполагающий точность и ясность законодательных предписаний.

В статье 37 Конвенции о международной гражданской авиации (Чикагская конвенция 1944 г.) [6] определено, что каждое договаривающееся государство обязуется сотрудничать в обеспечении максимально достижимой степени единообразия правил, стандартов, процедур и организации.

Конституционный суд РФ неоднократно формулировал в своих постановлениях критерии определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы, поскольку принцип равенства всех перед законом может быть обеспечен лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми участниками отношений (постановления Конституционного суда Российской Федерации от 06.04.2004 № 7-П[7], от 27.05.2008 № 8-П[8], от 21.01.2010 № 1-П[9] и др.).

Можно поспорить с выводами ИЗИСП о невозможности устранения выявленных юридических дефектов путем внесения соответствующих изменений в Воздушный кодекс РФ и в ФЗ-16 и необходимости разработки и принятия специального Федерального закона «Об авиационной безопасности». В нынешних условиях это, наверное, было бы контрпродуктивно. Но то, что гармонизация и согласование положений законодательства по АБ и законодательства по ТБ (с обязательным учётом стандартов и рекомендуемой практики ИКАО), особенно на подзаконном уровне, необходимы – практически ни у кого не вызывает сомнения.

2. **Росавиация, как компетентный орган в области обеспечения ТБ,** утверждает результаты оценки уязвимости, планы обеспечения ТБ ОТИ и ТС, осуществляет аттестацию сил обеспечения ТБ (или делегирует это

право своим подведомственным организациям), аккредитует подразделения транспортной безопасности (ПТБ) и выполняет ряд других функций в соответствии с законодательством по ТБ.

В то же время Росавиация, в соответствии с п.3 ст.8 Воздушного кодекса РФ, выдает авиапредприятиям (аэропортам, авиакомпаниям) документ, подтверждающий соответствие **юридического лица, осуществляющего обеспечение АБ** (по-старому – сертификация). При осуществлении данной процедуры должностные лица Росавиации руководствуются не только ФАП-142, но и старыми нормативными документами по АБ, совершенно не учитывая при этом законодательство по ТБ (и прежде всего положение ч.3 ст.4 ФЗ-16 о том, что обеспечение ТБ на ОТИ и ТС воздушного транспорта включает в себя обеспечение АБ).

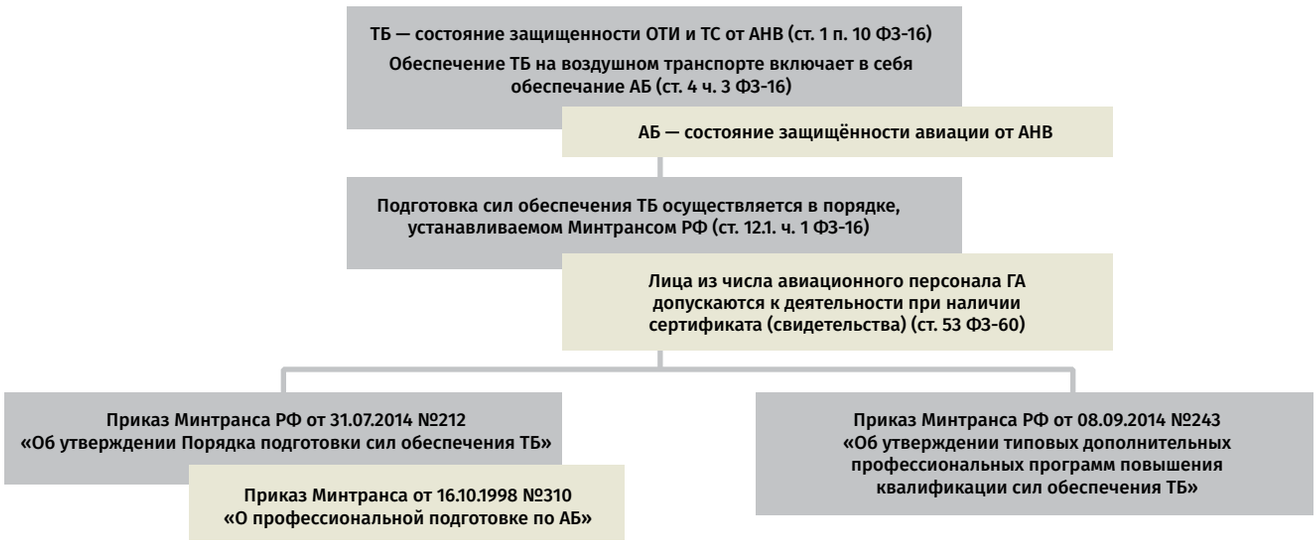
Так, согласно регламенту данной процедуры, от СТИ требуют предоставления Программы авиационной безопасности как отдельного документа, хотя ч.9 и10 ст. 9 ФЗ-16 чётко устанавливают, что планы обеспечения ТБ являются Программой по АБ как для аэропортов, так и для авиапредприятий. При оценке состояния пропускного и внутриобъектового режимов руководствуются приказом ФАС № 22 1998 г., охраны – постановлением Правительства №42 2011 г. и приказом ДВТ Минтранса №115 1993 г., подготовки специалистов по АБ – приказом ФАС №310 1998 г., реагирования на АНВ – постановлением Правительства №897 1994 г., совершенно не принимая во внимание положение ч.4 ст.83 Воздушного кодекса о том, что требования АБ и порядок их выполнения устанавливаются исключительно ФАП-142. Кстати, все вышеупомянутые нормативные документы по АБ (за исключением ФАП-142) с юридической точки зрения должны быть признаны ничтожными, поскольку они не соответствуют действующему законодательству как по ТБ, так и по АБ.

Вновь мы видим: налицо существование двух параллельных систем регулирования в одной и той же сфере, что недопустимо по вышеназванным причинам.

3. СТИ и перевозчики в сфере воздушного транспорта продолжают жить в условиях **двух параллельных систем подготовки кадров.** В соответствии со ст.12.1. ФЗ-16 «О транспортной безопасности», силы обеспечения ТБ (читай: весь персонал, выполняющий работы в сфере обеспечения ТБ) в обязательном порядке должен пройти подготовку и аттестацию (о подзаконных нормативных документах на данную тему речь пойдет ниже). Аналогичные требования к аттестации и подготовке персонала по АБ содержит законодательство по АБ - ст. 8 ФЗ-60 «Воздушный кодекс РФ» и приказ ФАС России от 16.10.1998 г. №310 «О профессиональной подготовке

по АБ авиационного персонала, учащихся учебных заведений, работников ГА РФ». Аналогичные-то аналогичные, только вот содержание этих требований, а соответственно, программ обучения, значительно **разнится**. И самое главное, что профильные федеральные органы исполнительной власти в своей практической деятельности по контролю (надзору) и оказанию государственных услуг в сферах ТБ и АБ продолжают **рассматривать эти вопросы раздельно,** требуя от СТИ и перевозчиков обучать персонал как по программам ТБ, так и по программам АБ.

Система подготовки кадров в области Т(А)Б (две параллельные системы)



4. 16 января 2017 г. на Федеральном портале проектов нормативных правовых актов размещен **проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О транспортной безопасности».** Публичное обсуждение текста проекта состоялось, однако его рассмотрение в профильных комитетах Госдумы было отложено. Непонятен статус проекта на сегодняшний день.

Напомним, что проект содержал значительные изменения в ФЗ-16, в т.ч. о корректировке терминологии по ТБ, отмене процедур категорирования и оценки уязвимости для транспортных средств, введении института паспортов транспортной безопасности, распространении требований по обеспечению ТБ на перевозчиков из иностранных государств, изменении прав и обязанностей СТИ в области обеспечения ТБ и др. Можно по-разному оценивать данные изменения. Наши комментарий и предложения опубликованы в журнале «Транспортная безопасность и технологии» (№1(48) 2017 г.), и с ними согласилось значительное число специалистов.

В пояснительной записке Минтранса было сказано, что *целью проекта является совершенствование нормативного правового регулирования вопросов, связанных с обеспечением транспортной безопасности.* Но вот почему-то принципиальные вопросы, касающиеся приведения законодательства по ТБ и АБ к единому знаменателю, о чем говорилось выше, в проект не вошли.

Налицо применение разных норм законодательства в одной и той же сфере деятельности (напомню, что по ФЗ-16 – авиационная безопасность неотъемлемая составная часть транспортной безопасности). Нонсенс? С правовой и практической точек зрения - безусловный.

Попробуем обобщить вышесказанное и сформулировать самые общие, так сказать, «горячие» **предложения по гармонизации законодательства** в сфере ТБ и АБ.

1.В **ФЗ-16 «О транспортной безопасности» и ФЗ-60 «Воздушный кодекс РФ»** необходимо внести **ряд принципиальных поправок,** обеспечивающих единство нормативного регулирования сферы противодействия АНВ на воздушном транспорте.

Поскольку АБ, по определениям, данным в ФЗ-60 и ФЗ-16, является частью ТБ, очевидно, что законодательство по АБ, которое в силу объективных обстоятельств формировалось ранее, должно быть приведено в соответствие с положениями законодательства о ТБ. Верховный суд РФ неоднократно подчеркивал, что при наличии противоречия между равными по юридической силе федеральными законами приоритет сохраняется за законом, который принят позже по времени и (или) является специальным актом, регулирующим спорные правоотношения.

1.1.Внести в ФЗ-16 «О транспортной безопасности» следующие изменения:

1.1.1. Статью 2 дополнить частью 3 следующего содержания: *«Транспортная безопасность обеспечивается посредством: 1) предотвращения доступа посторонних лиц и транспортных средств в зону транспортной безопасности (установление и поддержание пропускного и внутриобъектового режимов); 2) исключения перемещения в зону транспортной безопасности предметов и веществ, запрещенных или ограниченных к перемещению в зону транс-*

портной безопасности, путём осуществления досмотра, дополнительного досмотра и повторного досмотра в целях обеспечения транспортной безопасности; 3) наблюдения и собеседования в целях выявления и задержания лиц, вынашивающих намерения совершения акта незаконного вмешательства; 4) охраны объектов транспортной инфраструктуры и транспортных средств в местах их стоянок для исключения на них проникновения посторонних лиц; 5) управления техническими средствами обеспечения транспортной безопасности и силами обеспечения транспортной безопасности с постоянно действующих пунктов (постов) управления обеспечением транспортной безопасности; 6) незамедлительного реагирования на угрозы и факты совершения актов незаконного вмешательства путём задержания подозрительных лиц, изъятия идентифицированных предметов и веществ, которые могут быть использованы для совершения актов незаконного вмешательства, с последующей передачей их правоохранительным органам, а также взаимного информирования уполномоченных подразделений федеральных органов исполнительной власти, органов власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления и субъектов транспортной инфраструктуры (перевозчиков) о признаках и фактах совершения актов незаконного вмешательства».

1.1.2. Дополнить пункт 1.1. ст.1 абзацем следующего содержания: *«На объектах транспортной инфраструктуры воздушного транспорта зоной транспортной безопасности является контролируемая зона аэропорта, определяемая в соответствии с международными стандартами Международной организации гражданской авиации и Воздушным кодексом Российской Федерации».*

1.1.3. Пункт 7.1 ст.1 изложить в следующей редакции: *«Подразделения транспортной безопасности – осуществляющие защиту объектов транспортной инфраструктуры и транспортных средств от актов незаконного вмешательства (в том числе на основании договора с субъектом транспортной инфраструктуры) подразделения ведомственной охраны федеральных органов исполнительной власти в области транспорта, службы авиационной безопасности аэропортов и эксплуатантов воздушного транспорта, а также аккредитованные для этой цели в установленном порядке юридические лица».*

1.1.4. Часть 3 ст.4 изложить в следующей редакции: *«Обеспечение транспортной безопасности на объектах транспортной инфраструктуры или транспортных средствах воздушного транспорта включает в себя обеспечение авиационной безопасности и осуществляется в соответствии с международными стандартами Международной организации гражданской авиации и Воздушным кодексом Российской Федерации».*

1.1.5. Часть 10 ст.9 изложить в следующей редакции: *«Планом обеспечения транспортной безопасности аэропорта (аэродрома) является программа авиационной безопасности соответствующего аэропорта (аэродрома), разработанная в соответствии с международными стандартами Международной организации гражданской авиации и принятыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами Российской Федерации, которая утверждается в соответствии со статьёй 9 настоящего федерального закона».*

1.2.Внести в ФЗ-60 «Воздушный кодекс Российской Федерации» следующие изменения:

1.2.1. Во всем тексте закона заменить термин *«авиационная безопасность»* на *«транспортная (авиационная) безопасность».*

1.2.2. Название статьи 8 изменить на *«Обязательная сертификация, аттестация и аккредитация в гражданской авиации».* Из ч.3 ст.8 исключить слова *«обеспечение авиационной безопасности».* Добавить в ст.8 часть 5 следующего содержания: *«Юридические лица, осуществляющие защиту объектов транспортной инфраструктуры и транспортных средств воздушного транспорта от актов незаконного вмешательства (подразделения транспортной безопасности), подлежат обязательной аккредитации в соответствии со ст.12.1 Федерального закона от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности».*

1.2.3. В ст.52 слова *«обеспечению авиационной безопасности»* заменить на *«обеспечению транспортной (авиационной) безопасности (силы обеспечения транспортной безопасности».* Часть 4 ст. 52 изложить в следующей редакции: *«Ограничения для авиаперсонала при выполнении работ, непосредственно связанных с обеспечением транспортной (авиационной) безопасности, устанавливаются ст.10 Федерального закона от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности».*

1.2.4. В ст.54 добавить часть 10 следующего содержания: *«Подготовка и аттестация авиационного персонала из числа сил обеспечения транспортной (авиационной) безопасности осуществляется в соответствии со ст.12.1 Федерального закона от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности».*

1.2.5. Статью 83 назвать *«Транспортная (авиационная) безопасность»* и изложить в следующей редакции:

1.Транспортная (авиационная) безопасность – состояние защищённости объектов транспортной инфраструктуры и транспортных средств воздушного транспорта от актов незаконного вмешательства.

2. Акт незаконного вмешательства - противоправное действие (бездействие), в том числе террористический акт, угрожающее безопасной деятельности транспортного комплекса, повлекшее за собой причинение вреда жизни и здоровью людей, материальный ущерб либо создавшее угрозу наступления таких последствий.

3. Транспортная (авиационная) безопасность обеспечивается силами обеспечения транспортной безопасности (в том числе подразделениями транспортной безопасности) в соответствии с Федеральным законом от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности».

Службы авиационной безопасности аэродромов или аэропортов

и службы авиационной безопасности эксплуатантов (авиационных предприятий) являются подразделениями транспортной безопасности и аккредитуются в установленном Федеральным законом от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности» порядке.

1.2.6. Статью 84 назвать *«Обеспечение транспортной (авиационной) безопасности»* и изложить в следующей редакции:

1. *Обеспечение транспортной (авиационной) безопасности возлагается на субъекты транспортной инфраструктуры, перевозчиков воздушного транспорта, если иное не установлено настоящим Федеральным законом и иными федеральными законами.*

2. Транспортная (авиационная) безопасность обеспечивается посредством: 1) предотвращения доступа посторонних лиц и транспортных средств в зону транспортной безопасности (установление и поддержание пропускного и внутриобъектового режимов); 2) исключения перемещения в зону транспортной безопасности предметов и веществ, запрещенных или ограниченных к перемещению в зону транспортной безопасности, путём осуществления досмотра, дополнительного досмотра и повторного досмотра в целях обеспечения транспортной безопасности; 3) наблюдения и собеседования в целях выявления и задержания лиц, вынашивающих намерения совершения акта незаконного вмешательства; 4) охраны объектов транспортной инфраструктуры и транспортных средств в местах их стоянок для исключения на них проникновения посторонних лиц; 5) управления техническими средствами обеспечения транспортной безопасности и силами обеспечения транспортной безопасности с постоянно действующих пунктов (постов) управления обеспечением транспортной безопасности; 6) незамедлительного реагирования на угрозы и факты совершения актов незаконного вмешательства путём задержания подозрительных лиц, изъятия идентифицированных предметов и веществ, которые могут быть использованы для совершения актов незаконного вмешательства, с последующей передачей их правоохранительным органам; 7) взаимного информирования уполномоченных подразделений федеральных органов исполнительной власти, органов власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления и субъектов транспортной инфраструктуры (перевозчиков) о признаках и фактах совершения актов незаконного вмешательства.

3. Права и обязанности служб авиационной безопасности как подразделений транспортной безопасности определяются Федеральным законом от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности».

4. Федеральные авиационные правила о требованиях транспортной (авиационной) безопасности и порядке их выполнения устанавливаются правительством Российской Федерации по представлению федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере транспорта, по согласованию с федеральным органом исполнительной власти в области обеспечения безопасности Российской

Федерации и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере внутренних дел. Указанные требования являются обязательными для исполнения субъектами транспортной инфраструктуры и перевозчиками воздушного транспорта.

5. Федеральный государственный контроль (надзор) в области транспортной безопасности осуществляется уполномоченными федеральными органами исполнительной власти (далее - органы государственного контроля (надзора) согласно их компетенции в соответствии со ст.11.1 Федерального закона от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности».

6. Охрана объектов транспортной инфраструктуры осуществляется подразделениями транспортной безопасности в порядке, установленном Правительством Российской Федерации.

7. Досмотр, дополнительный досмотр, повторный досмотр, наблюдение и собеседование в целях обеспечения транспортной (авиационной) безопасности осуществляются в соответствии со ст.12.2 Федерального закона от 09.02.2007 г. №16-ФЗ «О транспортной безопасности».

1.2.7. Статью 85 из закона исключить.

2. Вместо Федеральных авиационных правил «Требования авиационной безопасности к аэропортам», утв. приказом Минтранса России от 2005 г. №142, и «Требований по обеспечению транспортной безопасности… для различных категорий ОТИ и ТС воздушного транспорта», утв. постановлением Правительства РФ от 28.07.2018 г. №886, принять **единый документ под названием «Федеральные авиационные правила «Требования транспортной (авиационной) безопасности, в том числе требования к антитеррористической защищённости объектов (территорий), учитывающих уровни безопасности для различных категорий ОТИ и ТС воздушного транспорта».**

Структура данного документа должна в целом соответствовать структуре, используемой в стандартах и рекомендуемой практике ИКАО (Приложение 17 и Doc.8973) и ныне действующих ФАП (при всех недостатках этого документа), основанной на функциональном принципе: а) управление системой безопасности; б) силы обеспечения ТБ (АБ); в) организационные функции (включая зонирование аэропорта или ВС, выделение специальных помещений, разработку внутренних организационно-распорядительных документов и т.д.); г) обеспечение пропускного и внутриобъектового режимов; д) досмотровые мероприятия, в т.ч. с использованием технических средств досмотра; г) наблюдение и собеседование (профайлинг), в т.ч. с использованием технических средств ; е) охрана ОТИ или ТС; ж) реагирование на подготовку и совершение АНВ (действия при чрезвычайных ситуациях); з) проверка и оценка состояния системы безопасности. Именно такая структура документа будет чётко отвечать на вопрос – из каких элементов состоит система обеспечения ТБ (читай АБ) на ОТИ/ТС. А уже внутри каждого из элементов системы прописать дополнительные меры по категориям и уровням безопасности. И, конечно же, документ должен начинаться с четко установленных терминов и определений (и их соотношения), что, с одной стороны, позволит обеспечить единое понимание и применение, с другой – разгрузит документ от бесконечных повторений.

3. Необходимые изменения в ФЗ-60 о **подготовке и аттестации** авиационного персонала, осуществляющего деятельность по обеспечению транспортной (авиационной) изло-

жены выше в п.1. Что касается профессиональной подготовки по АБ, то вышеупомянутый приказ ФАС № 310-1998 г. требует значительной корректировки или полной замены в части увязывания с положениями приказов Минтранса РФ от 31 июля 2014 г. №212 «Об утверждении Порядка подготовки сил обеспечения ТБ» и от 8 сентября 2014 г. №243 «Об утверждении типовых дополнительных профессиональных программ в области подготовки сил ОТБ» с особенностями обучения авиационного персонала, связанного с обеспечением АБ.

Что делать (исключение параллелизма в подготовке кадров по ТБ и АБ)

4. Необходимо срочно **провести ревизию нормативных правовых актов по АБ.** Требования документов, которые в настоящее время не соответствют ни положениям ФЗ-60 «Воздушный кодекс РФ», ни ФЗ-16 «О транспортной безопасности», ни нынешней структуре и полномочиям федеральных органов исполнительной власти следует переработать. В их числе:

- Постановление Правительства РФ от 30.07.94 г. № 897 «О федеральной системе обеспечения защиты деятельности гражданской авиации от актов незаконного вмешательства»;
- Приказ Минтранса РФ от 17.10.94 г. № 76 «Типовое положение о службе авиационной безопасности аэропорта»;
- Приказ ФАС России от 20.01.98 г. № 22 «Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в предприятиях, учреждениях и организациях гражданской авиации»;
- Приказ ФАС России от 20.01.98 г. № 22 «Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в предприятиях, учреждениях и организациях гражданской авиации»;
- Приказ ДВТ МТ РФ от 26.03.93 г. № ДВ-115 «О введении в действие «Наставления по охране воздушных судов и объектов гражданской авиации (НОВСО ГА-93 г.)»;
- Приказ ФАС России от 29.07.98 г. № 238 «О совершенствовании работы по производству досмотра гражданских воздушных судов»;
- Приказ Минтранса РФ от 25.07.07 г. № 104 «Об утверждении Правил проведения предполетного и послеполетного досмотров» и ряд других.

При реализации данных предложений сам собой отпадёт вопрос двойного подхода в деятельности уполномоченных должностных лиц федеральных органов исполнительной власти. ■

Ярышев С.Н.,
генеральный директор
АО «Шереметьево-Безопасность», д.ю.н.

Шестернин В.В.,
директор ООО «Кубанский учебно-методический центр «Транспортная безопасность», к.г.н.

TAGS: транспортная безопасность, объект транспортной инфраструктуры, акт незаконного вмешательства, транспортное средство, угроза вмешательства, система регулирования

transport safety, object of transport infrastructure, act of unlawful interference, vehicle, threat of interference, regulatory system

Abstract

The construction of legal regulation of the transport safety system and the rules of interaction between government authorities and transport infrastructure participants were almost completed with the approval of Government decrees approving the requirements for ensuring transport safety in air transport in July and August 2018. However, the authors touch upon the issues of practical implementation of these regulatory requirements in the context of contradictions in the system itself and inconsistencies with other regulatory legal acts governing the anti-terrorism protection of objects and countering threats. ■

Yaryshev S.N.,
General Director of Sheremetyevo-Security JSC, Doctor of Law

Shesternin V.V.
Director of Kuban Training and Methodological Center "Transport Safety", Ph.D.

Аннотация

С принятием в июле и августе 2018 г. постановлений Правительства, утверждающих требования по обеспечению транспортной безопасности на воздушном транспорте, и правил взаимодействия органов власти и субъектов транспортной инфраструктуры при проверке информации об угрозе незаконного вмешательства практически завершено построение правового регулирования системы транспортной безопасности, установленной ФЗ-16. В статье авторы затрагивают вопросы практической реализации этих нормативных требований в условиях противоречий в самой системе и нестыковки с другими нормативными правовыми актами, регламентирующими антитеррористическую защиту объектов и противодействие угрозам. ■

Урегулирование споров в отношении затонувших судов и грузов: международно-правовой аспект

Difficulties in defining the international legal status of outer space in the context of providing sustainability of outer space activities

В силу различных биологических и физико-химических факторов, включая отсутствие кислорода, многие затонувшие объекты прекрасно сохраняются на морском дне[1]. Благодаря изобретению в 1943 г. Эмилем Ганьяном и Жак-Ивом Кусто автоматического дыхательного аппарата, работающего на сжатом воздухе, эти объекты стали доступны для человечества.

Факторы, обусловливающие рост интереса к затонувшим судам и грузам

С дальнейшим развитием технологий глубоководных погружений затонувшие суда, подводные лодки, летательные аппараты и их грузы стали представлять особый интерес как с научной, так и с коммерческой точки зрения[2].

Очередной всплеск интереса к затонувшим сокровищам в XXI в. и, как следствие, увеличение числа разногласий в отношении прав собственности и иных прав на затонувшие объекты обусловлены рядом факторов, в т.ч. международно-правового характера:

1) вступление в 2009 г. в силу Конвенции ЮНЕСКО об охране подводного культурного наследия 2001 г., которая устанавливает режим международно-правовой охраны судов и иных транспортных средств и объектов, обладающих исторической и археологической значимостью и находящихся под водой на протяжении не менее 100 лет[3];

2) вступление в силу в 2015 г. Найробийской международной конвенции об удалении затонувших судов 2007 г., которая устанавливает обязанности капитана и владельца затонувшего в результате морской аварии судна[4];

3) развитие электронной коммерции (в том числе торговли археологическими объектами и произведениями искусства в сети Интернет) и отсутствие ее эффективного правового регулирования;

4) отсутствие универсального международно-правового договора, регулирующего межгосударственные отношения по установлению режима затонувших судов и определения прав на них.

Нельзя отрицать и наличие факторов внеправового характера, таких как рост числа коммерческих компаний, основным источником доходов которых является продажа ценных затонувших артефактов, свободный доступ к спутниковым снимкам морских пространств, а также желание государств повысить свой культурный имидж на мировой арене за счет коммерческой эксплуатации затонувших исторических судов.

Международно-правовые нормы, регламентирующие правовой режим затонувших судов и грузов и порядок определения прав на них

Международно-правовой режим затонувших в открытом море военных кораблей и торговых судов не нашел прямого разрешения в международном праве. К настоящему времени не существует специальных международных норм, регулирующих отношения государств по подъему затонувших военных кораблей, торговых судов и их грузов. Не регламентирует эти вопросы принятая в 1910 г. Международная конвенция для объединения некоторых правил относительно оказания помощи и спасения[5]. Конвенция об открытом море 1958 г.[6] и Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. (далее — Конвенция 1982 г.) также не содержат каких-либо положений относительно правового ста-

[1] Подробнее см.: Анисимов И.О. Подводное культурное наследие. Актуальные проблемы международно-правовой охраны: монография. 2-е изд. - М.: Перо, 2015. – 267 с.

[2] Так, например, НАСА заинтересована в судах и оборудовании, изготовленных из металла и произведенных до 1945 г. Такие объекты не подвергались искусственному радиационному воздействию, поэтому материал, из которого они изготовлены, может быть использован для производства высококачественного космического оборудования.

[3] Ст.1. Конвенции об охране подводного культурного наследия (Париж, 2 ноября 2001 г.) // Нормативные акты ЮНЕСКО по охране культурного наследия. – М.: ЮниПринт, 2002.

[4] Ст.5. Найробийской международной конвенции об удалении затонувших судов 2007 г. [Электронный ресурс] // URL: http://zizhan.mot.gov.cn/zfxxgk/bnssj/gjhzs/201701/P020170103292523186924.pdf - (Дата обращения: 08.07.2018).

туса и режима затонувших судов. Вместе с тем стоит упомянуть, что ст. 303 Конвенции 1982 г. устанавливает следующее:

«1. Государства обязаны охранять археологические и исторические объекты, найденные в море, а также сотрудничать для этой цели.

2. В целях борьбы с торговлей такими объектами прибрежное государство может <…> предположить, что их извлечение со дна моря <…> без его одобрения приведет к нарушению в пределах его территории или его территориального моря законов и правил <…>.

3. Ничто в настоящей статье не затрагивает прав собственников, личность которых может быть установлена, правил спасения на море или других норм, регулирующих торговое мореплавание, или законов и практики, относящихся к культурному обмену…»[7].

Казалось бы, проблему должна была частично решить принятая ЮНЕСКО в 2001 г. Конвенция об охране подводного культурного наследия (далее – Конвенция 2001 г.). Однако фактически она уравняла режим правовой охраны затонувших военных кораблей и торговых судов. Более того, некоторые ее положения предусматривают права и обязанности сторон, которые либо противоречат Конвенции 1982 г., либо не предусмотрены в ней[8].

При разработке проекта Конвенции 2001 г. представители Российской Федерации предложили либо исключить военные суда из-под действия данного договора, либо установить особый международно-правовой режим охраны затонувших военных судов, который предусматривал бы, что:

- за пределами территориального моря любые действия в отношении таких кораблей могут предприниматься только с согласия государства флага;
- прибрежное государство и государство флага должны консультироваться и координировать свои действия по защите затонувших кораблей, находящихся в пределах территориального моря;
- право собственности в отношении военных кораблей сохраняется за государством флага, если только оно не отказалось от этого права;
- государства-участники обязуются обеспечить должное уважение к подводным военным захоронениям.

Однако эти предложения не были восприняты и учтены должным образом при выработке окончательного текста указанной Конвенции.

Практика урегулирования споров в отношении затонувших судов, подводных лодок, летательных аппаратов и их грузов

Тем не менее к настоящему времени сложилась межгосударственная практика, в соответствии с которой государство флага и владелец судна не утрачивают своих прав на затонувшее судно и находящееся на нем имущество. Такие права носят абсолютный характер и не ограничиваются никаким сроком давности до тех пор, пока государство флага явным образом не откажется от своих прав на данное судно и/или груз.

Если после затопления судна собственник груза не заявляет отказ от него, груз остается его собственностью независимо от продолжительности нахождения в затопленном состоянии. Таким образом, для совершения любых действий в отношении груза, будет ли он поднят вместе с судном или отдельно от него, требуется согласие собственника груза.

В тех случаях, когда торговые суда затонули в пределах территориального моря другого государства, государство флага не вправе препятствовать подъему таких судов (летательных аппара-

[5] Международная конвенция для объединения некоторых правил относительно оказания помощи и спасения 1910 г. Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. IV. Изд. второе.- М., 1936. С. 86 - 91.

[6] Конвенция ООН об открытом море (Женева, 29 апреля 1958 г.) // СЗ РФ. — 1995. — № 25. — Ст. 1525.

[7] Конвенция ООН по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 г.) // СЗ РФ. – 1997. – № 48, от 1 декабря.

[8] Подробнее см.: Анисимов И.О. Режим морских пространств в соответствии с Конвенцией ООН 1982 г. и Конвенцией ЮНЕСКО 2001 г. // Историческая и социально-образовательная мысль. – №4 (26) 2014. — С. 329-332.

тов) прибрежным государством. В качестве одного из актуальных примеров можно привести подъем американского истребителя времен Второй мировой войны Curtiss P-40, который был обнаружен при строительстве Крымского моста. Как известно, никаких возражений со стороны властей США по поводу подъема военного самолета не последовало.

Однако государство флага имеет право потребовать возвращения ему поднятого судна и его груза, компенсировав при этом затраты по подъему судна и выплатив вознаграждение за спасение груза.

Если мы обратимся к практике урегулирования рассматриваемой категории споров, то из широкого спектра средств мирного урегулирования, предусмотренных Уставом ООН 1945 г., Конвенцией 1982 г. и другими международными договорами, используются далеко не все из них[9]. В практике Международного суда ООН и Трибунала по морскому праву не было рассмотрено ни одного дела по существу, касающегося вопросов определения прав на затонувшие суда и грузы, хотя обращения со стороны морских держав были. Это связано с тем, что далеко не каждый такой спор подпадает под определение международного спора, которое содержится в п. 2 ст. 36 Статута Международного суда ООН. Кроме того, часто стороны прибегают к внесудебным средствам урегулирования споров, избегая формализованных процедур.

Рисунок. Средства урегулирования споров в международном морском праве.

Условно можно выделить три наиболее часто применяемых средства урегулирования споров в отношении затонувших судов и их грузов.

1. Переговоры и взаимные консультации по дипломатическим каналам. Указанные средства применяются в отношении урегулирования всех вопросов, связанных с военными кораблями и другими государственными судами, используемыми в некоммерческих целях.

Так, вопрос о правах собственности на крейсер «Адмирал Нахимов» возник, когда властям СССР стало известно о подготовке японской стороной подъема данного корабля и находящегося на нем имущества без согласования с советской стороной. МИД Японии утверждал, что поскольку крейсер «Адмирал Нахимов» был захвачен японскими силами в ходе Цусимского сражения, то в соответствии с призовым правом собственником как самого судна, так и его груза является Япония.

Кроме того, в 1977 г. Япония расширила внешний предел своего территориального моря, и тем самым крейсер оказался на территории, которая находится под ее суверенитетом.

Однако советская сторона заявила, что корабль не сдался во время Цусимского сражения и на нем сохранились все внешние знаки, удостоверявшие его принадлежность Военно-морским силам России. Таким образом, рассматривать этот корабль в качестве военного трофея неправомерно. Кроме того, в установившейся международной практике затонувший военный корабль продолжает оставаться собственностью государства флага до тех пор, пока последнее не откажется от своих прав на такой корабль[10].

Аналогичная ситуация произошла и с крейсером «Дмитрий Донской», который был затоплен его командой 16 мая 1905 г. во время Цусимского сражения в Японском море. Властям СССР стало известно о намерении южнокорейской компании осуществить работы по его подъему. В ходе переговоров советская сторона подтвердила свое право на крейсер и все находящееся на нем имущество, а также категорически возразила против работ по подъему указанного корабля или имущества, так как, согласно международному праву, затонув-

[9] См.: Рисунок. Средства урегулирования споров в международном морском праве.

[10] Заявление от 31 октября 1980 г. совпосла Полянского Д.С. директору департамента стран Европы и Океании МИД Японии Т.Муто.

шие военные корабли продолжают пользоваться полным иммунитетом от юрисдикции любого государства, кроме государства флага[11].

Стоит отметить, что такого же подхода придерживаются и США. Так, в 1938 г. они отказали Японии в просьбе разрешить подъем американской канонерки, потопленной японской авиацией в 1937 г. В 1965 г. США отказали Тринидаду и Тобаго в праве поднять останки американского судна, затонувшего во время Второй мировой войны. При этом МИД США заявил, что если собственность на судно и грузы на момент затопления принадлежала американскому правительству, то государство сохраняет свое право собственности на них до тех пор, пока прямо не выразит отказ от него. Поэтому подъем таких грузов или останков судов возможен только с согласия властей США.

2. Еще одним средством урегулирования является **рассмотрение споров в национальных судах.** Оно происходит тогда, когда хотя бы одна из сторон спора не является субъектом международного права и между сторонами заключался контракт на оказание услуг по поиску и спасению груза и/или судна. При этом, как правило, в контракте предусмотрено не только средство урегулирования спора (в случае его возникновения), но и применимое право.

В качестве примера можно привести спор между коммерческой компанией «Odyssey Marine Exploration», зарегистрированной в США, и Испанией из-за ценного груза затонувшего испанского военного корабля «Нуэстра Сеньора де лас Мерседес». Суд штата Флорида постановил вернуть 500 тысяч золотых и серебряных монет, а также иные ценности Испании. Тем самым было отклонено заявление американской компании, которая нашла груз с затонувшего фрегата в 2007 г. Кроме того, суд признал, что груз с корабля является собственностью Испании, поскольку испанской стороне удалось предоставить материалы, доказывающие историческую связь с фрегатом (фотографии с изображением пушек и оружия, список личного состава корабля и т.д.)[12].

Еще один спор связан с испанским галеоном «Сан Хосе». Судно вышло из порта Портобело в Карибском море (территория современной Панамы) в 1708 году. 8 июня британские пираты, промышлявшие в Карибском море, взяли его на абордаж. После удара британской артиллерии «Сан Хосе» затонул. Ценный груз, о существовании которого британцам стало известно от своих шпионов в Панаме, пошел ко дну, так и не доставшись нападавшим. В 1979 г. власти Колумбии заключили контракт с поисковой командой «Sea Search Armada», зарегистрированной в США. В 1982 г. останки судна были найдены, однако правительство Колумбии решило пересмотреть контракт с коммерческой компанией, считая его несправедливым, и предложило ей лишь 5% от потенциальной стоимости груза. В 2011 г. суд округа Вашингтон признал права Колумбии на судно и груз и отклонил претензии поисковой команды, которая требовала выплатить часть гонорара ценными объектами, находившимися на борту, а также оплатить предоставленные услуги[13]. Данный спор получил продолжение, так как свои претензии на судно и груз предъявили еще два государства: Панама и Испания.

3. Взаимные консультации на экспертном уровне. Примером применения данного средства урегулирования может служить спор между Норвегией и Нидерландами по поводу находки ценного груза затонувшего голландского судна Ост-Индской компании, построенного в 1724 г. Место крушения корабля было обнаружено в 1972 г. норвежскими дайверами. Со дна было поднято почти 500 кг золота и серебра в виде монет. Взаимные юридические консультации позволили уладить спор между двумя государствами следующим образом: 75% монет досталось норвежским дайверам, 15% монет перешло в собственность Норвегии и 10% монет стало государственной собственностью Нидерландов[14]. Впоследствии, в 1978 г. в Норвегии был принят закон, согласно которому все затонувшие в ее территориальных водах суда старше 100 лет автоматически становятся историческими памятниками и для их изучения требуется получить специальное свидетельство[15].

[11] Заявление Посольства СССР в Японии от 2 октября 1981 г.

[12] See: Odissey Marine Exploration Inc. v Unidentified shipwreck vessel and The Kingdom of Spain. Case №. 8:07-CV-614-SDM-MAP.

[13] See: Sea Search Armada v. Republic of Colombia, No. 1:2010cv02083 - Document 19 (D.D.C. 2011).

[14] Подробнее см.: Рагунштейн А.Г. Сокровища погибших кораблей. – М.: Вече, 2011. – 352 с.

[15] См.: Законодательные акты Норвегии [Электронный ресурс] // URL: http://www.baltic-sunken-ships.ru/data/offline/rus/page133.html (Дата обращения: 08.07.2018).

Посредничество ЮНЕСКО применяется государствами-участниками Конвенции 2001 г. при решении вопросов, связанных с затонувшими историческими, археологическими и культурными объектами, в том числе судами[16]. Однако из-за того, что Конвенция вступила в силу относительно недавно, данный механизм на практике еще не используется[17]. Таким образом, провести анализ практики урегулирования споров в рамках ЮНЕСКО в отношении ценных затонувших объектов пока не представляется возможным.

Факторы, которые необходимо учитывать при урегулировании споров в отношении затонувших судов и грузов

Одним из важнейших факторов является **локализация судна,** т.е. зона морского пространства, в которой оно затонуло. В случае, если иностранное судно затонуло в *территориальном море,* для совершения каких-либо действий в отношение него или груза требуется согласие не только собственника судна и/или груза, но и прибрежного государства.

Если судно затонуло в открытом море, то в данном случае требуется только согласие собственника затонувшего имущества, причем только если он известен и не отказался от своих прав на него. Сложнее с юридической точки зрения обстоит ситуация, если судно затонуло на *континентальном шельфе* (далее - КШ) или в *исключительной экономической зоне* (далее - ИЭЗ). Указанные морские пространства не являются территорией прибрежного государства, однако в них оно может осуществлять отдельные суверенные права и юрисдикции[18]. При этом в данных зонах предусмотрена свобода судоходства для иностранных судов, но проведение морских научных исследований возможно только с разрешения прибрежного государства. Хотя подводная археология и не относится к морским научным исследованиям, на практике прибрежное государство может запретить проведение исследований затонувших судов, тем более их подъем в своей ИЭЗ или на КШ.

Тип судна также играет определенную роль в процессе принятия решения о его подъеме. В соответствии с Конвенцией 1982 г. суда подразделяются на:

1) торговые и государственные суда, эксплуатируемые в коммерческих целях;

2) военные корабли и другие государственные суда, эксплуатируемые в некоммерческих целях[19].

Как известно, на *торговые суда* распространяется юрисдикция государства флага, но в территориальном море на него может распространяться уголовная, гражданская и административная юрисдикция прибрежного государства. В отношении же *военного корабля* действует иммунитет, который означает, что даже если корабль находится в территориальном море другого государства, на него распространяется юрисдикция государства флага. Однако такое судно должно соблюдать законы и правила прибрежного государства, а также нормы международного права, регулирующие мирный проход[20].

Как показывает практика, это же правило распространяется и на затонувшие суда. Так, если иностранный военный корабль затонул в территориальном море, то прибрежное государство не имеет права предпринимать какие-либо действия в его отношении без согласия государства флага. Напротив, собственник затонувшего торгового судна не имеет права препятствовать прибрежному государству поднимать или совершать иные действия в отношении данного судна.

Следующим фактором является наличие **исторической/культурной ценности у судна и/или груза,** который находится в его трюме. Если ЮНЕСКО подтвердит наличие такой ценности, то любые действия в отношении судна могут совершаться только с разрешения так называемого «координирующего государства»[21]. В свою очередь «координирующее государство» назначается ЮНЕСКО в случае, если оно докажет поддающуюся проверке связь с затонувшим судном[22]. Как правило, таким государством может быть либо государство флага, либо прибрежное государство.

Необходимо учитывать и временной фактор, т.е. когда затонуло судно и сколько лет пролежало на морском дне. Во-первых, данный фактор влияет на установление принадлежности судна к объектам подводного культурного наследия. Во-вторых, на момент возникновения спора государство флага или прибрежное государство как субъекты международного права могли исчезнуть или изменить свои государственные границы. Соответственно, дата кораблекрушения необходима для определения сторон, которые имеют права на затонувший объект.

При рассмотрении спора суды также учитывают наличие заключенного между заинтересованными сторонами контракта на оказание услуг по поиску и поднятию судна/груза. В контракте предусматривается не только компенсация за понесенные расходы, размер вознаграждения за оказанные услуги, но и право, которое будет применяться в случае возникновения спора между сторонами данного контракта.

Заключение

На основе анализа практики урегулирования споров в отношении затонувших судов и грузов можно сделать несколько основных выводов.

Во-первых, на данном этапе развития международного права невозможно создание универсального международного договора в рассматриваемой области,

[16] Ст.25 Конвенции об охране подводного культурного наследия (Париж, 2 ноября 2001 г.) // Нормативные акты ЮНЕСКО по охране культурного наследия. – М.: ЮниПринт, 2002.

[17] Sabine von Shorlemer, Peter-Tobias Stoll. The UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions. Explanatory notes. — Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012. P. 601.

[18] Ст. 56, 77 Конвенции ООН по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 г.) // СЗ РФ. – 1997. – № 48, от 1 декабря.

[19] Там же. Ст. 27, 29.

[20] См., например: Wolfrum R. Some Reflections on the Status of Warships under the UN Convention on the Law of the Sea // Международное морское право. Статьи памяти А.Л. Колодкина, Сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. – М.: Статут/ 2014. – С. 291-300.

[21] Анисимов И.О. Режим морских пространств в соответствии с Конвенцией ООН 1982 г. и Конвенцией ЮНЕСКО 2001 г. // Историческая и социально-образовательная мысль. – №4 (26) 2014. – С. 330.

[22] Подробнее см.: Анисимов И.О. Краткий обзор глобальных и региональных проблем международно-правовой охраны морского наследия // Международный правовой курьер. - №2 (20) 2017. – С. 34-37.

поскольку вопросы, связанные с определением прав на затонувшие суда и грузы, лежат на стыке международного публичного и международного частного права. Более того, невозможно учесть в одном документе все факторы и их комбинации, которые влияют на определение прав на затонувшие объекты.

Во-вторых, основными средствами урегулирования споров в отношении затонувших судов и грузов выступают: переговоры и взаимные консультации по дипломатическим каналам, национальные суды, взаимные консультации на экспертном уровне.

В-третьих, существенное влияние на определение прав собственности и иных прав на затонувшие суда и грузы оказывают такие факторы, как: локализация судна, его принадлежность к некоммерческим или коммерческим судам, наличие исторической и/или культурной ценности судна и/или груза, фактор времени, а также условия контракта на оказание услуг по поиску и подъему затонувшего имущества.

В-четвертых, число споров в отношении затонувших судов с каждым годом будет неуклонно расти. Это связано с тем, что технологии по поиску и подъему судов развиваются, и, соответственно, будет больше подтвержденной информации о местонахождении затонувших судов и их грузов.

В-пятых, практика урегулирования споров показывает, что стороны стремятся разрешать разногласия внесудебными, т.е. альтернативными средствами[23]. Рассмотрение споров в рамках существующих международных судебных органов далеко не всегда представляется быстрым и эффективным, поэтому практика урегулирования в них рассматриваемой категории споров отсутствует. ■

[23] Видинеев Д.И. Прогрессивное развитие института международно-правовой защиты культурных ценностей: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 Международное право. Европейское право. [Место защиты: Российский университет дружбы народов]. – Москва, 2017. – С. 168.

Литература:

1. Анисимов И.О. Краткий обзор глобальных и региональных проблем международно-правовой охраны морского наследия. // Международный правовой курьер. - №2. – (20) 2017. – С. 34-37.
2. Анисимов И.О. Подводное культурное наследие. Актуальные проблемы международно-правовой охраны: монография. 2-е изд. - М.: Перо, 2015. – 267 с.
3. Анисимов И.О. Режим морских пространств в соответствии с Конвенцией ООН 1982 г. и Конвенцией ЮНЕСКО 2001 г. // Историческая и социально-образовательная мысль. – №4 (26) – 2014. – С. 329-332.
4. Видинеев Д.И. Прогрессивное развитие института международно-правовой защиты культурных ценностей: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 Международное право. Европейское право. [Место защиты: Российский университет дружбы народов]. – М., 2017. – С. 168.
5. Рагунштейн А.Г. Сокровища погибших кораблей. – М.: Вече, 2011. – 352 с.
6. Sabine von Shorlemer, Peter-Tobias Stoll. The UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions. Explanatory notes. – Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012. – P. 601.
7. Wolfrum R. Some Reflections on the Status of Warships under the UN Convention on the Law of the Sea // Международное морское право. Статьи памяти А.Л. Колодкина/ Сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. – М.: Статут, 2014. – С. 291-300.

Нормативно-правовые акты и документы

1. Найробийская международная конвенция об удалении затонувших судов 2007 г. [Электронный ресурс] // URL: http://zizhan.mot.gov.cn/zfxxgk/bnssj/gjhzs/201701/P020170103292523186924.pdf
2. Конвенция об охране подводного культурного наследия (Париж, 2 ноября 2001 г.) // Нормативные акты ЮНЕСКО по охране культурного наследия. – М.: ЮниПринт, 2002.
3. Конвенция ООН по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 г.) // СЗ РФ. – 1997. – № 48, от 1 декабря.
4. Конвенция ООН об открытом море (Женева, 29 апреля 1958 г.) // СЗ РФ. — 1995. — № 25. — Ст. 1525.
5. Международная конвенция для объединения некоторых правил относительно оказания помощи и спасения 1910 г. Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. IV. Изд. второе.- М., 1936. – С. 86 - 91.
6. Законодательные акты Норвегии [Электронный ресурс] // URL: http://www.baltic-sunken-ships.ru/data/offline/rus/page133.html
7. Заявление от 31 октября 1980 г. совпосла Полянского Д.С. директору департамента стран Европы и Океании МИД Японии Т.Муто.
8. Заявление Посольства СССР в Японии от 2 октября 1981 г.

Судебная практика

1. Odissey Marine Exploration Inc. v Unidentified shipwreck vessel and The Kingdom of Spain. Case №. 8:07-CV-614-SDM-MAP.
2. Sea Search Armada v. Republic of Colombia, No. 1:2010cv02083 - Document 19 (D.D.C. 2011).

TAGS: военные корабли, подводное культурное наследие, режим охраны затонувших судов, урегулирование споров, территориальное море, открытое море, континентальный шельф, исключительная экономическая зона. warships, underwater cultural heritage, wrecks protection regime, dispute settlement, territorial sea, high sea, continental shelf, exclusive economic zone.

Анисимов И.О.,
к.ю.н., член Российской ассоциации международного права, доцент, заместитель заведующего кафедрой международного права Дипломатической академии МИД России

Annotation

This article discusses the problem of determining the property rights and other rights to sunken ships, submarines, aircraft and their cargo. International legal norms, which in one way or another, affect the legal regime of sunken objects and how to define the rights to them are analyzed. A central place in the article takes an overview of the practice of dispute settlement. Examples of specific cases and situations involving Colombia, Spain, USSR/Russia, United States and a number of other maritime states are provided. The factors that need to be considered when resolving disputes with regard to sunken ships and their cargoes, in particular, the location of the vessel and its type, the cultural / historical significance of the sunken ship and / or property, and some other factors are analyzed in detail.

Based on the method of legal forecasting, it is concluded that the number of disputes concerning sunken ships and their cargo will increase every year. At the same time, states will increasingly use alternative (extra-judicial) ways of settling disputes in this area. ■

Anisimov I.O.
Candidate of Law, Member of the Russian Association of International Law, Docent, Deputy head Department of International Law, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Аннотация

В статье рассматриваются проблемы определения права собственности и иных прав на затонувшие суда, подводные лодки, летательные аппараты и их грузы. Анализируются международно-правовые нормы, которые тем или иным образом затрагивают правовой режим затонувших объектов и порядок определения прав на них. Центральное место в статье занимает обзор практики урегулирования споров. В качестве примеров приводятся конкретные дела и ситуации с участием Испании, Колумбии, СССР/России, США и ряда других морских держав. Подробно анализируются факторы, которые необходимо учитывать при разрешении споров в отношении затонувших судов и их грузов, в частности локализация судна и его тип, культурная/историческая значимость затонувшего судна и/или имущества и некоторые иные факторы.

На основе метода правового прогнозирования сделан вывод о том, что с каждым годом число споров в отношении затонувших судов и их грузов будет увеличиваться. Вместе с тем государства все больше будут использовать альтернативные (внесудебные) способы урегулирования споров в указанной области. ■

Правовые аспекты сохранения коренных народов и экологии Арктики

Legal aspects of the conservation of indigenous peoples and the Arctic ecology

Глобальное потепление в XXI в. делает Арктику одним из основных объектов международных отношений, поскольку последствия потепления приведут к увеличению продолжительности летней навигации и развитию морского судоходства.

Это значительно повысит роль Северного морского пути (СМП) в мировой политике. Арктический регион рассматривается мировыми державами в качестве важнейшей стратегической транспортной магистрали, представляющей интерес для развития новых участников международных отношений и их интеграции в мировую экономику. При этом, учитывая перспективное значение морского транспорта, государство, получившее контроль над арктическим маршрутом, будет контролировать новый путь мировой экономики[1]. Более того, облегчится доступ по морю к природным ресурсам, включая месторождения энергоносителей на шельфе Северного Ледовитого океана.

Актуальность также связана с тем, что в настоящее время одним из важнейших факторов, определяющих глобальные геополитические процессы, становится борьба на мировой арене за разведку и разработку невозобновляемых природных ресурсов[2].

Немаловажным фактором является также возрастающая значимость международного сотрудничества в сфере дорогостоящего и технически сложного освоения природных ресурсов в исследуемом регионе[3] и негативный комплекс экологических последствий, с которыми возможно будет справиться лишь при совместном взаимодействии всех арктических держав.

Учитывая уязвимость природы Арктики, экологическая безопасность не может рассматриваться в отрыве от состояния окружающей среды. Кроме того, большую озабоченность вызывают техногенные аварии, сопутствующие нарушению условий надежной эксплуатации инфраструктуры. Как следствие возникает экологический ущерб и риск для здоровья населения за счет ухудшения качества воды, повышенной опасности заражения инфекционными заболеваниями при разрушении скотомогильников и хранилищ радиационных отходов на мерзлоте и т.д.[4]

Серьезным фактором риска является подъем уровня Мирового океана, который будет сохраняться в долгосрочной перспективе. Возникшее подтопление низких прибрежных территорий, влекущее за собой разрушение берегов морей, следует учитывать при планировании социально-экономического развития региона. Этот же природный фактор может привести к нанесению ущерба хозяйственным объектам и угрозам жизни населения Арктики, резкому ухудшению условий обитания некоторых уникальных видов флоры и фауны.[5]

В результате интенсивной хозяйственной деятельности в регионе природная среда Арктики подвергается интенсивному негативному воздействию, что влечет за собой деградацию арктической экосистемы.

Следующей проблемой является нахождение в регионе крупных ядерных объектов, связанных с деятельностью военного и гражданского атомных флотов, а также другие радиационно опасные объекты. Освоение природных ресурсов не должно приводить к ухудшению экологической обстановки. Более того, потенциальная деятельность должна сопровождаться ликвидацией накопленного экологического ущерба, реабилитацией деградированных экосистем[6].

Так, в соответствии с Основами государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 г. и дальнейшую перспективу, основными мерами по реализации государственной политики в сфере обеспечения экологической безопасности в Арктической зоне Российской Федерации являются: установление особых режимов природопользования и охраны окружающей природной среды в Арктической зоне Российской Федерации, включая мониторинг ее загрязнения, рекультивацию природных ландшафтов, утилизацию токсичных промышленных отходов, обеспечение химической безопасности, в первую очередь в

[1] Лукин Ю. Ф. Современная ситуация в Арктике в контексте глобальных трендов // Арктика и Север. – 2014. – №16.

[2] Конышев В. Н. Арктика на перекрестье геополитических интересов / Сергунин А. А. // Мировая экономика и международные отношения. – 2010. – №9. – С. 65.

[3] Моисеев А.А. Безопасность Арктики: международно-правовые позиции // Международная жизнь. - 2016. - №2. - С. 67.

[4] Borgersson S G Arctic Meltdown The Economic and Security Implications of Global Warming. [Электронный ресурс]. URL: http //wwwforeignaffairsorg/2008 0301faessay87206/scott-g-borgersson (дата обращения: 26.09.2018)

[5] Конышев В. Н. Сергунин А.А. Арктика на перекрестье геополитических интересов // Мировая экономика и международные отношения. – 2010. – №9.

[6] Данельян А.А. Международное экономическое право в условиях глобализации: проблемы развития // Право и государство: теория и практика. – 2014. – №1(109). – С.129.

Семья эскимосов встречает туристов

местах компактного проживания населения[7].

Необходимость пристального внимания к экологическим проблемам Арктики обусловлена не только ее исключительной ролью в мировых природных процессах, но и тем, что в регионе проживает около 4 млн человек. В XX веке под влиянием миграции в демографическом составе населения Арктики произошли значительные перемены, в результате которых коренные жители составляют не более 10% общей численности населения. Это стало причиной серьезных социальных, культурных и экономических проблем в укладе и образе жизни северных народов. В большинстве стран Арктического региона значительная часть населения сохраняет кочевой образ жизни, и лишь немногие проживают в малочисленных северных поселках.

Отчасти жители северных поселений уже адаптировались к изменениям окружающей среды как за счет изменения системы природопользования, так и за счет изменения собственного поведения[8]. В то же время для некоторых арктических народов переход к оседлости вместе с изменением повседневного образа жизни и утратой части культуры снижает возможности адаптации, поскольку оседлый образ жизни способствует сокращению числа людей, способных добывать пропитание традиционным образом в естественных условиях[9].

Местные ресурсы являются одним из основных источников существования и традиционного образа жизни для жителей Арктики. В последнее время происходит постепенное замещение этих ресурсов в результате изменения культурных, социальных, экономических и политических условий. Под давлением климатических факторов такие изменения будут продолжаться, меняя состояние наземных экосистем и тем самым

[7] Анисимов И.О. Международное морское право. Учебно-методическое пособие. – М.: Квант Медиа, 2018. – С. 60-61.

[8] Данельян А.А. Правовые вопросы принудительного изъятия иностранной собственности и иностранных инвестиций в современном международном праве // Право и политика. – 2014. – № 4. – С.467.

[9] Данельян А.А. Правовые аспекты политических рисков при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Евразийский юридический журнал. – 2014. – №5 (72). – С. 53.

сокращая возможности местных жителей к сохранению привычного образа жизни[10].

Арктика чрезвычайно уязвима перед антропогенным воздействием в силу экстремальности природно-климатических условий, хрупкости экосистем, обособленности полярных регионов от крупных экономических и политических центров, слабой развитости их транспортных коммуникаций и других инфраструктур.

По результатам детального диагностического анализа современной экологической ситуации в Арктике и прогноза возможных климатических изменений выделены следующие приоритетные проблемы, связанные с экологией и жизнью коренных народов:

- загрязнение окружающей среды и ухудшение качества поверхностных и подземных вод на прибрежных территориях;
- деградация земель и нарушение условия природопользования;
- сокращение запасов биоресурсов, которые являются не только стратегическим запасом, но и важным элементом жизнедеятельности коренных народов;
- ухудшение среды обитания коренного населения и условий их традиционного природопользования;
- трансграничный перенос загрязняющих веществ водными и атмосферными потоками; химическое, нефтяное и радиоактивное загрязнение и др.[11]

В основе культур северных народов лежит уникальный опыт взаимодействия людей и природы, целостность которого можно поддерживать только путем сохранения сбалансированных традиционных методов использования биологических ресурсов.

Стремительность климатических изменений и нарастающее влияние промышленной деятельности в Арктике значительно ограничивают возможности своевременной адаптации коренных народов к происходящим изменениям и угрожают сохранению их традиционного уклада[12].

Право коренных народов претерпело значительные изменения с конца 80-х гг. Усилия коренных народов по признанию их прав в соответствии с международным правом начались во время функционирования Лиги Наций в начале 1920-х г., а продолжились в рамках ООН.

Так, ООН объявила 1994-2004 гг. первым международным десятилетием коренных народов мира (а позднее – 2005-2015 гг. вторым таким десятилетием). Главная цель данной акции заключалась в укреплении международного сотрудничества для решения проблем коренных народов в таких областях, как права человека, окружающая среда, образование и здравоохранение. В результате в 2002 г. в качестве консультативного органа Экономического и социального совета ООН был создан Постоянный форум по вопросам коренных народов. Международно-правовые нормы, разработанные относительно коренных народов, касаются общих прав человека, таких как недискриминации и равенство, а также конкретные коллективные права, такие как самоопределение, культурные права, права на землю и контроль над природными ресурсами.

В 2007 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Декларацию о правах коренных народов[13]. Принятие Декларации знаменует собой не только важный момент с точки зрения законотворчества, он также представляет собой достижение человечества, к которому шли на протяжении десятилетий отстаивания прав со стороны представителей коренных народов.

Определение коренных народов изложено в ст. 1 (b) Конвенции о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни: настоящая Конвенция применяется к [...]народам в независимых странах, которые рассматриваются как коренные ввиду того, что они являются потомками тех, кто населял страну или географическую область, частью которой является данная страна, в период ее завоевания или колонизации или в период установления существующих государственных границ, и которые, независимо от их правового положения, сохраняют некоторые или все свои социальные, экономические, культурные и политические институты[14].

Кроме того, ст. 1 (2) предоставляет значительную свободу самим народам для оценки того, считают ли они себя коренными:

«Указание самих народов на их принадлежность к числу коренных или ведущих племенной образ жизни рассматривается как основополагающий критерий для определения групп, на которые распространяются положения настоящей Конвенции».

Транснациональный характер коренных народов Арктики создал уникальные возможности для их влияния и участия в международном законотворчестве. Чаще всего коренные народы Арктики сотрудничают с намерением повлиять на международное правотворчество, осуществляемое государствами. Коренные народы регулярно обращаются к международному праву как к важному инструменту для достижения своих политических целей. Это связано с тем, что во многих государствах их возможности для политического развития довольно ограничены. В этом свете участие в разработке норм международного права представляется целесообразной стратегией. Поскольку многие из сегодняшних проблем могут быть решены только на глобальном или региональном уровнях, коренные народы заинтересованы стать участниками международных договоров.

Первым шагом к участию в законотворческой деятельности было объединение различных национальных компонентов одного коренного народа, расположенных в двух или более государствах. В этой связи необходимо упомянуть Циркумполярный совет инуитов (ЦСИ), созданный

[10] Свечников А.Л. Экологические проблемы Арктического региона // «Новая» Арктика и интересы России. – М.: Красная звезда – 2012, С. 100.

[11] Россия в Арктике. Вызовы и перспективы освоения / под ред. М.В. Ремизова. – М.: Институт национальной стратегии, Книжный мир, 2015. – С. 321.

[12] Данельян А.А. Экономические санкции как политический риск при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Аграрное и земельное право. – 2016. – №1 (133). – С. 101.

[13] Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов. Принята резолюцией 61/295 Генеральной Ассамблеи от 13 сентября 2007 года [Электронный ресурс]. – URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml (дата обращения: 26.09.2018).

[14] Конвенция о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах [Конвенция 169] [Электронный ресурс]. – URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/iol169.shtml (дата обращения: 26.09.2018)

Арктический курорт Какслауттанен, Финляндия

в 1977 г.[15] Он является неправительственной организацией, которая объединяет инуитов из Аляски, Канады, Гренландии и России в единую политическую структуру. ЦСИ состоит из четырех национальных отделений, которые тесно сотрудничают с другими национальными группами инуитов. Вместе четыре национальных отделения образуют наднациональный орган, который избирает председателя, регулирует работу комитетов и представляет инуитов как на Арктическом совете, так и на Постоянном форуме ООН по вопросам коренных народов - консультативном органе Экономического и социального совета ООН (ЭКОСОС).

Наиболее значимое влияние, осуществляемое транснациональными институтами коренных народов, связано с международными проблемами окружающей среды. Так, ЦСИ сыграл определенную роль в переговорах и принятии Стокгольмской конвенции о стойких органических загрязнителях 2001 г.[16] Конвенция требует, чтобы государства прекратили производство отдельных видов токсинов, которые через атмосферу переносятся в Арктику, где они накапливаются в жировых тканях животных и людей.

В 2005 г. Шейла Ватт-Клутье и шестьдесят два других инуита из Канады и Аляски представили петицию в Межамериканской комиссии по правам человека в Вашингтоне, округ Колумбия. Они утверждали, что Соединенные Штаты, не сумев сократить свои значительные выбросы двуокиси углерода и других парниковых газов, нарушили культурные и экологические права инуитов. В 2006 г. Комиссия отказалась выслушать ходатайство, написав: «Предоставленная информация не позволяет нам определить, являются ли предполагаемые факты нарушением прав, защищенных Американской декларацией».

Вместе с тем Комиссия впоследствии провела общее слушание - первое в своем роде - для изучения взаимосвязи между изменением климата и правами человека. Этот шаг, а также все усилия в рамках петиции способствовали повышению информированности средств массовой информации и общественности об изменении климата. Кроме того, Ватт-Клутье была номинирована на Нобелевскую премию мира в области признания международных проблем охраны окружающей среды. Инуиты также обратились к «малым островным развивающимся государствам», группе низменных островных стран Тихого океана, которые сотрудничают между собой в целях повышения осведомленности об активизации международных действий по изменению климата. Как объяснила Ватт-Клутье: «По мере того, как мы таем, малые развивающиеся островные государства растекаются». Их альянс называется «Много сильных голосов», а с 2005 г. он сосредоточился на содействии межгосударственным переговорам в рамках обсуждения Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата.

Статус постоянного участника в Арктическом совете очень важен для коренных народов, которые представлены в шести группах на заседаниях Арктического совета: Международной ассоциации алеутов, Арктическом атабасканском совете, Международном совете гвичин, Циркумполярном совете инуитов, Совете саамов и Российской ассоциации коренных народов Севера. Вместе с тем Циркумполярный совет инуитов настаивал на достижении консенсусного подхода к принятию решений в Арктическом совете, в связи с тем что у участников нет права голоса.

Как отмечается в ст. 2 Оттавской декларации об учреждении Арктического совета: «Категория постоянных участников создается для обеспечения активного участия и всесторонних консультаций с представителями коренных народов Арктики в Арктическом совете»[17]. Так использование консенсусного решения, хотя это и не требуется в Оттавской декларации, полностью соответствует ее целям.

Получение статуса постоянного участника в Арктическом совете не было безусловной победой северных коренных народов. К огорчению северных коренных народов, их статус постоянных участников Арктического совета не обеспечил им места за столом во время всех переговоров по ре-

[15] Антюшина Н.М. Арктика: новый формат международного сотрудничества – М., 2014. – С.134.

[16] Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях от 23 мая 2001 г. // Бюллетень международных договоров. – 2012. -№ 12.

[17] Декларация об учреждении Арктического Совета от 19 сентября 1996 года // А.Н. Вылегжанин, В.К. Зиланов. Международно-правовые основы управления морскими живыми ресурсами. - М., 2000.

гиону[18]. В мае 2008 г. шесть постоянных участников вместе с Исландией, Швецией и Финляндией не были приглашены на встречу пяти прибрежных государств Северного Ледовитого океана, организованную Данией в Илулиссате, Гренландия. Циркумполярный совет инуитов ответил, выпустив «Циркумполярную инуитовую декларацию о суверенитете в Арктике», которая включала в себя указание на исключение из собрания Илулиссата.

Несмотря на признание пятью прибрежными арктическими государствами (Норвегия, Дания, Канада, США и Россия) необходимости использования международных механизмов и международного права для разрешения споров о суверенитете, эти государства в своих обсуждениях не ссылаются на существующие международные документы, которые поощряют и защищают права коренных народов. Они также пренебрегли включением инуитов в дискуссии о суверенитете Арктики в порядке, сопоставимом с обсуждениями Арктического совета.

Циркумполярная декларация инуитов о суверенитете, по сути, является расширенным аргументом в пользу включения инуитов в любое будущее принятие решений в Арктике. Документ начинается с утверждения, что инуиты как народ, «пользуются правами всех народов» включая права, признанные в международных документах, таких как Устав ООН и два международных пакта о правах человека. В этом контексте документ продвигает форму «внутреннего» самоопределения: «... у инуитов есть право свободно и совместно определять своё политическое, общественное, экономическое и культурное развитие. Добыча ресурсов в Инуит Нунаат напрямую затрагивает наше право на самоопределение и многие другие положения Декларации ООН»[19].

За Полярным кругом

Права коренного народа включают в себя следующие права, признанные в Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, все они имеют отношение к суверенитету и суверенным правам в Арктике: право на самоопределение, свободное определение политического статуса и осуществление экономического, социального и культурного, в том числе лингвистического развития (ст. 3); право на внутреннюю автономию или самоуправление (ст. 4); право на признание, осуществление и соблюдение договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей, заключенных с государствами (ст. 37); право поддерживать и укреплять наши различные политические, юридические, экономические, социальные и культурные учреждения, сохраняя при этом право участвовать полностью в политической, экономической, социальной и культурной жизни государств (ст. 5); право участвовать в принятии решений в вопросах, которые повлияли бы на наши права, а также на поддержание и развитие организационно-основополагающих решений (ст. 18); право на использование, развитие и контроль наших земель, территорий и ресурсов и право гарантировать, что ни один проект, затрагивающий наши земли, территории или ресурсы будут действовать без нашего свободного и осознанного согласия (ст. 25-32); право на мир и безопасность (ст. 7); и право на сохранение и охрану окружающей среды (ст. 29).

Как и Декларация ООН о правах коренных народов, Циркумполярная декларация инуитов направлена как на консолидацию, так и на развитие международного права. Однако некоторые положения Декларации ООН по-прежнему оспариваются, особенно те из них, которые регулируются правительствами коренных народов[20].

Несмотря на необязательный характер указанных документов, положения деклараций часто принимают форму «мягкого права» на пути к обретению обязательного статуса. Можно говорить о том, что эти документы заложили основу постоянного участия коренных народов в обсуждении важных вопросов Арктического региона.

Необходимо отметить, что нынешние социально-экономические условия северных коренных народов, особенно в Канаде и России, явно идут вразрез с некоторыми правами, закрепленными в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, включая права на «достаточное питание, одежду и жилье» (ст. 11),

[18] Данельян А.А. К вопросу об односторонних санкциях в международном праве // Международный правовой курьер. – 2016. – № 1(13). – С. 6.

[19] Ст.2.2 Циркумполярной декларации инуитов о суверенитете [Электронный ресурс]. – URL: http://inuit.org/fileadmin/user_upload/File/declarations/Declaration_on_Resource_Development_Principles_RUSSIAN_FINAL.pdf (дата обращения: 26.09.2018).

[20] Данельян А.А. Фархутдинов И.З. Международный инвестиционный арбитраж: Учебное пособие / – М.; СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2013. – С.284.

«осуществление наивысшего достижимого уровня физического и психического здоровья» (ст. 12) и образование (ст. 13). Несмотря на то что Канада и Россия ратифицировали пакт, ни одна из них не ратифицировала его факультативный протокол, и они не взаимодействуют ни с каким другим механизмом обеспечения реализации данного пакта. В скандинавских странах экономические и социальные права саамов относительно хорошо защищены. Их основные проблемы в настоящее время связаны с необходимостью более полного осуществления права на самоопределение, прав на землю, воду и природные ресурсы (особенно в условиях развития добычи нефти и газа, лесозаготовки и изменения климата) и на защиту их языка, а также обеспечения соответствующего культурного образования.

Таким образом, историческое значение коренных народов Арктики было использовано при обосновании заявлений государства для присутствия в регионе, а в случае с Северо-западным проходом – для получения статуса «внутренних вод» проливов и каналов внутри групп островов. Арктические коренные народы также участвовали в процессах международного законотворчества, взаимодействуя между собой и этническими группами в стратегических усилиях по влиянию на принятие государственных решений. Один из таких успехов касается статуса коренных народов как «постоянных участников» в Арктическом совете, который дает им места за столом наряду с государствами-членами. Еще один успех касается согласованного подхода к принятию решений, используемого в Арктическом совете, который эффективно устраняет недостаток постоянных участников в отсутствие права голоса. Третий успех касается прекращения практики совещаний прибрежных государств Северного Ледовитого океана независимо от Арктического совета и, следовательно, от постоянных участников — «арктической пятерки».

Таким образом, коренные народы Арктики оказывают существенное влияние на принимаемые в регионе решения, касающиеся вопросов экологии и прав коренных народов. ■

Литература:

1. Анисимов И.О. Международное морское право. Учебно-методическое пособие. – М.: Квант Медиа, 2018. – С. 60-61.
2. Антюшина Н.М. Арктика: новый формат международного сотрудничества – М., 2014. – С.134.
3. Данельян А.А. Международное экономическое право в условиях глобализации: проблемы развития // Право и государство: теория и практика. – 2014. – №1(109). – С.127-132.
4. Данельян А.А. Правовые вопросы принудительного изъятия иностранной собственности и иностранных инвестиций в современном международном праве // Право и политика. – 2014. – № 4. – С.465-476.
5. Данельян А.А. Правовые аспекты политических рисков при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Евразийский юридический журнал. – 2014. – №5 (72). – С. 52-54.
6. Данельян А.А. Экономические санкции как политический риск при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Аграрное и земельное право. – 2016. – №1 (133). – С. 99-102.
7. Данельян А.А. К вопросу об односторонних санкциях в международном праве // Международный правовой курьер. – 2016. – № 1(13). – С. 5–8.
8. Данельян А.А. Фархутдинов И.З. Международный инвестиционный арбитраж: Учебное пособие – М.; СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2013. – 356 с.
9. Конышев В. Н. Сергунин А.А. Арктика на перекрестье геополитических интересов // Мировая экономика и международные отношения. – 2010. – №9. – С. 65.
10. Лукин Ю. Ф. Современная ситуация в Арктике в контексте глобальных трендов // Арктика и Север. – 2014. – №16.
11. Моисеев А.А. Безопасность Арктики: международно-правовые позиции // Международная жизнь. - 2016. - №2. - С. 67.
12. Россия в Арктике. Вызовы и перспективы освоения/ под ред. М.В. Ремизова. – М.: Институт национальной стратегии, Книжный мир, 2015. – С. 321.
13. Свечников А.Л. Экологические проблемы Арктического региона // «Новая» Арктика и интересы России. – М.: Красная звезда, 2012. – С. 100.
14. Borgersson S G Arctic Meltdown The Economic and Security Implications of Global Warming. [Электронный ресурс]. – URL: http //wwwforeignaffairsorg/20080301faessay87206/scott-g-borgersson

TAGS: Арктика, коренные народы, экология, климатические изменения.

the Arctic, indigenous peoples, ecology, climate change.

Глебов И.Н.,
д.ю.н., профессор кафедры международного права Дипломатической академии МИД России

Мартиросян А.Ж.,
студентка 2 курса магистратуры факультета международных отношений и международного права Дипломатической академии МИД России

Рыбаков Ю.М.,
д.ю.н., профессор кафедры дипломатии и консульской службы Дипломатической академии МИД России

Толмачев П.И.,
д.э.н., заведующий кафедрой мировой экономики и международных экономических отношений Дипломатической академии МИД России

Ярышев С.Н.,
д.ю.н., профессор кафедры международного права Дипломатической академии МИД России

Annotation

The Arctic is an important geo-strategic region of the world, which contains numerous reserves of natural resources. At the same time, the development of the resources of the Arctic by states raises a large number of issues, including legal ones. Increasingly, the Arctic agenda raises the issue of climate change and the situation of indigenous peoples. This article analyzes the evolution of the rights of indigenous peoples of the Arctic, as well as the legal regulation of environmental relations in the region. ■

Glebov I.N.,
Doctor of Law, Professor, Department of International Law, Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Martirosyan A.Zh.,
2nd year master's student at the Faculty of International Relations and International Law, Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Rybakov Yu.M.,
Doctor of Law, Professor Diplomacy and Consular Services of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

Tolmachev P.I.,
Doctor of Economics, Head of the Department of World Economy and International Economic Relations, Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Yaryshev S.N.,
Doctor of Law, Professor, Department of International Law, Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Аннотация

Арктика является важным геостратегическим регионом мира, в котором сосредоточены многочисленные запасы природных ресурсов. Вместе с тем освоение государствами ресурсов Арктики поднимает большое количество вопросов, в том числе правового характера. Все чаще в рамках «арктической повестки» встает вопрос о климатических изменениях и положении коренных народов. В статье проводится анализ эволюции прав коренных народов Арктики, а также рассматриваются вопросы правового регулирования экологических отношений в данном регионе. ■

Особенности источников современной правовой системы государства Израиль

Features of the sources of the modern legal system of the state of Israel

Сегодня в мире насчитывается более 250 государств. Несомненно, все эти государства используют право, как средство для регулирования и упорядочивания общественной жизни.

Как известно, каждое государство относится к той или иной правовой системе, а иногда и вовсе его правовая система носит смешанный характер. Бывает и так, что в одном государстве существуют и действуют сразу несколько конкурирующих правовых систем[1].

Не будет преувеличением сказать, что французский ученый Рене Давид был своего рода «первопроходцем» в области размежевания правовых семей и основания сравнительного правоведения как отдельной дисциплины в целом. Р. Давид выделял следующие правовые системы: романо-германскую (континентальную), англо-саксонскую (систему общего права), социалистическую. Помимо этого, по мнению ученого, следует выделять и отдельные самостоятельные типы религиозного и традиционного права: мусульманское, иудейское, каноническое, индусское, дальневосточное и африканское[2].

В современном мире актуализируется потребность в изучении правовых систем государств религиозного и традиционного типа[3]. Исследование исторических особенностей формирования подобных правовых систем и анализ их современного состояния дают возможность изучить механизмы правового функционирования отдельных государств.

Государство Израиль – это государство с весьма сложной и противоречивой историей, а также не менее интересной современностью. Правовая система Израиля представляет собой квинтэссенцию нескольких параллельных юрисдикций[4]. Сюда можно отнести влияние англо-американского права, османское правовое наследие и непосредственно еврейское. Все эти «элементы» сформировали особую правовую систему, что привело к сосуществованию сразу нескольких юрисдикций, то есть к явлению, называемому в англоязычной литературе «legal pluralism»[5].

Итак, исходя из того, что правовая система Израиля представляет собой именно «совокупность» юрисдикций, возникает вопрос: можно ли выделить какие-либо четкие временные и материальные рамки формирования израильской правовой системы? Иными словами, где заканчивается право «еврейское» и начинается «израильское»?

Многие израильские юристы справедливо отмечают 1948 год – дату образования государства Израиль – как основной этап в периодизации истории данного государства. Однако о коренных изменениях в правовой системе, и тем более об отказе от рудиментов других правовых систем в тот момент говорить не приходится. И все же, по мнению выдающегося израильского ученого-правоведа и политика, профессора конституционного права А. Рубинштейна, Израиль никогда не был наследником или преемником, так как с прекращением британского Мандата образовалось абсолютно новое государство, не имеющее ничего общего с прошлым образованием[6].

Израильский исследователь Л. Шелев придерживается более компромиссной позиции. По его словам, новая правовая система Израиля была сформирована в ходе весьма сложного процесса – в результате рецессии продолжающего действовать законодательства. Оно, как уже упоминалось выше, включало в себя элементы английского общего права, которые были введены в Палестину к 1922 г., а также рудименты османских законов. Прямое восприятие еврейского классического права было ограниченно областью семейного законодательства.

Другой израильский эксперт, А. Ликховский, и вовсе считает, что все попытки установить в государстве классическое израильское право полностью провалились по ряду причин[7]. Во-первых, сразу после своего образования молодое государство было вынуждено вести войну с арабскими государствами за свою независимость. Следовательно, правовая

[1] Данельян А.А. Иностранные инвестиции: некоторые аспекты взаимодействия международного и национального права // Евразийский юридический журнал. – 2011. – №8 (39). – С. 59.

[2] Давид Рене. Основные правовые системы современности. - М.: Прогресс, 1988. - С. 11-12.

[3] Данельян А.А. Правовые аспекты политических рисков при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Евразийский юридический журнал. – 2014. – №5 (72). – С. 52.

[4] Данельян А.А. Экономические санкции как политический риск при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Аграрное и земельное право. – 2016. – №1 (133). – С. 100.

[5] Griffiths J. "What is Legal Pluralism" // Journal of Legal Pluralism. – 1986. N24. – P. 1–55.

[6] Рубинштейн А. Конституционное право Государства Израиль. – Тель-Авив, 1974.- С. 33.

[7] Данельян А.А. К вопросу об односторонних санкциях в международном праве // Международный правовой курьер. – 2016. – № 1(13). – С. 7.

Иерусалим, Старый город, вид на храм

реформа по объективным причинам не могла быть в списке приоритетов правительства. Во-вторых, само классическое еврейское право, включающее в себя многочисленные разнородные источники, не могло быть включено в законодательство современного государства. И наконец, относительно слабые институты только образовавшегося государства в совокупности с недостатком опытных и квалифицированных специалистов в области еврейского права подвигали юристов и правоприменителей пользоваться всей нормативно-правовой базой, которая осталась в наследство от британцев и турков[8].

Существенную трансформацию израильская правовая система пережила в 1980 году с принятием закона «Об основаниях в праве». Данный закон официально ограничил ссылку на общее право, ввел новый источник для разрешения «лакун» в законодательстве и наложил обязанность на судей в случае каких-либо пробелов применять принципы мира, свободы, справедливости и равенства. Все эти принципы исходят именно из еврейского наследия[9]. Тот факт, что принятие этого закона вызвало сложные дебаты в Кнессете, еще раз подтверждает, что данные принципы берут свое начало именно в еврейском наследии, которое включает в себя аспекты как правовой, так и религиозной сфер. Более того, само понятие «еврейского наследия» было малопонятно израильским правоприменителям, в результате чего значительно усложнялась имплементация этого закона.

Верховный суд Израиля все еще продолжал выносить решения, руководствуясь английскими и американскими прецедентами. Тем не менее судьи так или иначе прибегали к еврейскому праву с тем, чтобы подкрепить свои выводы и даже обогатить язык своих решений.

Некоторые судьи, которые одновременно с этим являлись профессорами Иерусалимского университета, в свою очередь «защищали» еврейское право и стремились расширить его влияние среди своих коллег. Среди таких в первую очередь стоить упомянуть М. Зилберга и его труд «Талмуд и современное государство»[10], а также Х. Коэна, написавшего не менее известную в Израиле книгу «Быть евреем: традиция, право, религия и государство»[11]. Этих двух судей, ставших в осознанном возрасте «светскими», объединяла одна важная для права Израиля цель – стремление заново определить истоки правовой культуры государства.

Таким образом, как подчеркивает вышеупомянутый исследователь Л. Шелев, с одной стороны, правоприменение расширяется вплоть до всего корпуса еврейского права, с другой – закон ограничивает его применение определенными универсальными принципами: мира, свободы, справедливости и равенства, то есть законом «Об основаниях в праве»[12].

Изучив вопросы, связанные с историей формирования права государства Израиль, было бы разумным перейти к рассмотрению особенностей источников права современного еврейского государства.

Однако следует начать с формулировки определения самого понятия «источник права», которое, без сомнений,, является ключевым в правовой доктрине вне зависимости от того, о какой именно системе права идет речь – международного или внутригосударственного[13]. Не углубляясь в детали развития учения об источниках права, стоит обратиться к отечественной доктрине права, которая дает вполне четкое определение этому по-

[8] Assaf Likhovski, "The Time has not Yet come to Repair the World in the Kingdom of God: Israeli Lawyers and the Failed Jewish Legal Revolution of 1948". Tel-Aviv University Law School, 2008. P. 68.

[9] Leon Sheleff, «When a minority becomes a majority — Jewish Law and Tradition in the State of Israel» // The Tel-Aviv University Studies in Law, Vol. 13, 1997. P. 115–129, P. 118.

[10] Silberg M., Talmudic Law and the Modern State. Oxford, 1973.

[11] Хаим Коэн. Быть евреем: традиция, право, религия и государство. Израиль: Двир, 2006.

[12] Примаков Д.Я. История еврейского и израильского права. — М. :Инфотропик Медиа, 2015. – С. 107-112.

[13] Ануфриева Л.П. Понятие «источник права» в международно-правовой науке: догма «классики» и современная доктрина // Современное международное право. - М.: «Оригинал-макет», 2015. - С. 39.

нятию. Советские правоведы писали о том, что источники права – это способы закрепления правил поведения, которым государство придает правовую силу[14]. Похожий смысл наблюдается и во взглядах В.С. Нерсесянца, по мнению которого, источники права есть «официально определенные формы выражения содержания права»[15].

Обращаясь непосредственно к источникам права государства Израиль, к ним следует отнести следующие:

- законодательные акты: основные (конституционные) и обычные;
- акты исполнительной власти, принимаемые правительством, министерствами и иными властными структурами;
- прецедентное право;
- правовой обычай;
- нормы международного права (при условии, что они не противоречат израильским законам);
- нормы иудейского (еврейского) права.

Источники еврейского права имеют свою собственную классификацию, которая сложилась в течение многих веков[16]. Для более ясного представления системы еврейского права необходимо разобраться с основными источниками самого иудаизма – это Тора и Талмуд. В общем понимании Тора – совокупность иудейского традиционного религиозного закона. Согласно еврейским представлениям, изначально Всевышний дал евреям в пользование две Торы: письменную и устную. Однако со временем появилась необходимость в конспектировании устной Торы. Так и сформировался новый труд, который сегодня именуется Талмудом и является не просто кодификацией, но и толкованием Торы. Здесь следует отметить, что в Талмуде так и не была поставлена последняя точка, поскольку в жизни государства и его народа появляются новые обстоятельства, требующие нового толкования и разъяснения.

В этой связи израильские правоведы сформулировали следующую классификацию юридических источников еврейского права:

- Каббала – иудейское мистическое учение, рассматриваемое как первый правовой источник, с точки зрения времени и по отношению к другим источникам. Этот источник постоянен и не подлежит каким- либо изменениям. Содержится в письменной Торе;
- Мидраш (раздел устной Торы, т.е. Талмуда) - толкование и комментирование Торы;
- Такана и гзера – законодательство галахических авторитетов[17], имеющих соответствующие полномочия;
- обычай;
- судебное решение;
- понимание как правовая и общечеловеческая логика мудрецов Галахи.

Декларация независимости страны, принятая в 1948 году, провозглашает образование «еврейского государства», однако статус иудаизма не получил законодательного оформления ввиду разногласий в обществе по этому вопросу. Тем не менее иудейское право официально признано источником светского законодательства, и его компоненты отражены во многих аспектах.

Во-первых, это символика государства, а именно герб, изображающий геральдический щит и семисвечник (минору), и бело-голубой флаг с изображением шестиконечной звезды Давида (древнего еврейского национального символа). Важную роль иудейское право играет и в действии специальных актов, касающихся взаимоотношений между религией и государством (например, закон о Шаббате, кошерных продуктах и т.д.). Раввинатские суды, которые оформляют акты гражданского состояния евреев (факт рождения, регистрация брака, опекунство и т.д.), также действуют в соответствии с иудейским правом.

Помимо этого иудейское право повлияло и на то, что в стране до сих пор нет писаной Конституции. Этот факт объясняется «конфликтом интересов» сторонников светского и теократического подходов к решению данной проблемы. Однако ортодоксальным иудеям удалось отстоять свою позицию, которая заключается в следующем: «Еврейское государство

Иерусалим, Старый город, проход под аркой

[14] Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. – М.,1940. – С. 173.

[15] Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: – Учебник.М., 1999. – С. 400.

[16] Данельян А.А., Фархутдинов И.З. Международный инвестиционный арбитраж: Учебное пособие. – М.; СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2013. – С. 246.

[17] Галахист – изучающий Галаху, законодательную часть Талмуда.

должно быть создано и управляемо на основе принципа еврейской религии, то есть Торы»[18].

Конечно, дальнейшее развитие правовой системы государства требовало принятия и светских законов, без которых немыслимо функционирование любого современного государства. «Основные законы Израиля» начали приниматься с 1958 года с целью постепенного создания Конституции. Всего насчитывается пятнадцать «основных законов», которые регулируют и регламентируют положение главы государства, правительства, государственного контролера, Кнессета (парламента), Иерусалима как столицы Израиля, армии и т.д. Их значимость подтверждается тем, что Верховный суд Израиля уполномочен проверять содержание принимаемых Кнессетом актов на их соответствие этим законам[19].

Что касается самого Верховного суда, то его решения, являясь судебным прецедентом, становятся обязательными для всех нижестоящих судов. Здесь стоит обратить внимание на такую особенность: прецедентное право на базе решений Верховного суда несет на себе отпечаток традиций и особенностей английского общего права и английской правовой культуры в целом.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что правовая система Израиля прошла через многочисленные этапы формирования. Эта правовая система есть совокупность как теологического, так и светского элементов, которые между собой тесно взаимосвязаны, но при этом имеют абсолютное разное значение и функции[20]. Несомненно, все это еще раз подтверждает специфику Израиля, его правовой системы и источников права, понимание которых требует детального изучения как религии и истории, так и современных особенностей государства.■

[18] Пилкингтон С.М. Иудаизм / Пер. с англ. – М.: ФАИР-ПРЕСС, 1998. – С. 366-367.

[19] Бехруз Хашматулла. Сравнительное правоведение: Учебник. – Одесса: Феникс; М.: Транслит, 2008. – Раздел 3. Глава 1. Иудейское право. – С. 240-241.

[20] Данельян А.А., Никулин Е.Н. Организационно-правовые формы сотрудничества Всемирной торговой организации (ВТО) с другими международными межправительственными организациями // Аграрное и земельное право. – 2017. – №3 (147). – С. 139.

Литература:

1. Ануфриева Л.П. Понятие «источник права» в международно-правовой науке: догма «классики» и современная доктрина // Современное международное право. - М.: «Оригинал-макет», 2015. – 429 с.
2. Бехруз Хашматулла. Сравнительное правоведение: Учебник. – Одесса: Феникс; М.: Транслит, 2008. – Раздел 3. Глава 1. Иудейское право. – 504 с.
3. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. – М., 1940. – 340 с.
4. Примаков Д.Я. История еврейского и израильского права. — М.: Инфотропик Медиа, 2015. – 184 с.
5. Давид Рене. Основные правовые системы современности. - М.: Прогресс, 1988. – 279 с.
6. Данельян А.А. Иностранные инвестиции: некоторые аспекты взаимодействия международного и национального права // Евразийский юридический журнал. – 2011. – №8 (39). – С. 59.
7. Данельян А.А. Правовые аспекты политических рисков при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Евразийский юридический журнал. – 2014. – №5 (72). – С. 52.
8. Данельян А.А. Экономические санкции как политический риск при осуществлении иностранной инвестиционной деятельности // Аграрное и земельное право. – 2016. – №1 (133). – С. 100.
9. Данельян А.А. К вопросу об односторонних санкциях в международном праве // Международный правовой курьер. – 2016. – № 1(13). – С. 7.
10. Данельян А.А., Никулин Е.Н. Организационно-правовые формы сотрудничества Всемирной торговой организации (ВТО) с другими международными межправительственными организациями // Аграрное и земельное право. – 2017. – №3 (147). – С. 139.
11. Данельян А.А., Фархутдинов И.З. Международный инвестиционный арбитраж: Учебное пособие. – М.; СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2013. – 246 с.
12. Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: Учебник. – М., 1999. – 560 с.
13. Пилкингтон С.М. Иудаизм /Пер. с англ. – М.: ФАИР-ПРЕСС, 1998. – 400 с.
14. Рубинштейн А. Конституционное право Государства Израиль. – Тель-Авив, 1974.
15. Хаим Коэн. Быть евреем: традиция, право, религия и государство. – Израиль: Двир, 2006.
16. Assaf Likhovski, "The Time has not Yet come to Repair the World in the Kingdom of God: Israeli Lawyers and the Failed Jewish Legal Revolution of 1948". – Tel-Aviv University Law School, 2008.
17. Griffiths J. "What is Legal Pluralism" // Journal of Legal Pluralism. 1986. N24.
18. Leon Sheleff. «When a minority becomes a majority — Jewish Law and Tradition in the State of Israel» // The Tel-Aviv University Studies in Law, Vol. 13, 1997.
19. Silberg M., Talmudic Law and the Modern State. – Oxford, 1973.

TAGS: государство Израиль, правовая система, источники права, еврейское (иудейское) право, современное право

State of Israel, legal system, law sources, Jewish law, modern law

Гинзбург М.М.,
студентка 2 курса магистратуры факультета международных отношений и международного права Дипломатической академии МИД России

Глебов И.Н.,
д.ю.н., профессор кафедры международного права Дипломатической академии МИД России

Котляр В.С.,
д.ю.н., руководитель Центра безопасности контроля над вооружениями и миротворчества Института актуальных международных проблем Дипломатической академии МИД России

Толмачев П.И.,
д.э.н., заведующий кафедрой мировой экономики и международных экономических отношений Дипломатической академии МИД России

Ярышев С.Н.,
д.ю.н., профессор кафедры международного права Дипломатической академии МИД России

Annotation

The article considers a very complicated and unique system of sources of modern Israeli law. The legal system of Israel includes elements of various legal traditions and influences. The hybrid nature of Israeli law is caused by the history of its formation. Nowadays the sources of Israeli law are represented by laws and regulations, judicial precedents, legal customs, legal (including religious and legal) doctrine, sacred books. ■

Ginzburg M.M.,
2nd year master's student at the Faculty of International Relations and International Law, Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Glebov I.N.,
Doctor of Law, Professor of the Department of International Law of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

***Kotlyar** V.S.,*
Doctor of Law, Head of the Center for Arms Control Security and Peacekeeping at the Institute of Actual International Problems of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

Tolmachev P.I.,
Doctor of Economics, Head of the Department of World Economy and International Economic Relations, Diplomatic Academy, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Yaryshev S.N.,
Doctor of Law, Professor of the Department of International Law of the Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

Аннотация

В статье рассматривается весьма сложная и уникальная система источников современного израильского права. Правовая система государства Израиль воплощает в себе элементы различных юридических традиций и правовых влияний. Смешанный характер израильского права порожден самой историей образования Израиля. В настоящее время источниками израильского права являются законы, разного рода подзаконные акты, судебные прецеденты, правовые обычаи, правовая (в том числе религиозно-правовая) доктрина, священные книги. ■

Эволюция законодательства ЕС о защите прав потребителей цифрового контента

The evolution of EU legislation on the protection of digital content consumers

Современное развитие информационных технологий позволяет многим коммерчески ценным информационным объектам обмениваться без посредства материального носителя.

Речь идет об объектах виртуальной реальности, компьютерных программах, базах данных и иных цифровых данных. Цифровая форма таких объектов обеспечивает обособленность таких объектов как от материальных носителей и от человека, индивидуализирует их среди иной информации. И поскольку традиционно правовое регулирование строится на регулировании преимущественно материальных объектов, становится очевидным требование адаптации правового регулирования под цифровые реалии.

В полной мере такое требование на сегодняшний день может быть предъявлено к отрасли защиты прав потребителей, которая получила развитие во второй половине XX века, регулируя отношения между продавцом/производителем/исполнителем товаров, услуг (работ) и их потребителем.

В эпоху роста значимости цифровых технологий стоит вопрос о необходимости защиты прав потребителей цифровых продуктов и услуг, например, электронных книг, аудиовизуальных произведений, объектов виртуальной собственности (предметы виртуальных игр), программ и приложений и иных данных, предоставляемых в цифровой форме. Вопрос приобретает еще большую актуальность с учетом фактического обмена таких объектов на персональные и иные данные (виртуальная валюта) потребителей в безвозмездных договорах.

Предупреждая различное регулирование данных вопросов в рамках национальных систем государств-членов, законодатель Европейского союза (ЕС) принял шаги по разработке общего регулирования в виде директив в отношении самостоятельной категории «цифрового контента» на наднациональном уровне с целью сближения подходов.

В законодательстве ЕС о защите прав потребителей прослеживаются определенные этапы по обеспечению правовой охраны цифровому контенту наравне с осязаемыми товарами, а именно по закреплению на нормативно-правовом уровне самого понятия цифрового контента, требований к его характеристикам, прав и обязанностей потребителей и продавцов (trader) цифрового контента, а также регулированию применительно к договорам о передаче цифрового контента.

Защита интересов потребителей в отношении товаров и услуг на уровне ЕС обеспечивается актами гармонизации - Директивой о несправедливых условиях в договорах с участием потребителей (Unfair Terms Directive)[1], Директивой о защите потребителей в отношении договоров, заключенных дистанционным способом (Distance Selling Directive)[2], Директивой о продаже потребительских товаров (Consumer Sales Directive)[3]. Указанные акты будучи разработанными в отношении традиционных товаров и услуг, не в полной мере учитывают особенности цифрового контента. Например, Директива о продаже потребительских товаров включает в предмет регулирования только «новые движимые потребительские товары, переносимые на носителе»[4].

В 2000-х годах с принятием Директивы об электронной коммерции (E-Commerce Directive)[5] в нормативно-правовой базе ЕС положено начало регулированию с учетом особенностей электронной торговли. В части защиты прав потребителей директива закрепила обязанность обеспечивать прозрачность порядка формирования заказа и заключения

[1] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts // OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34.

[2] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts // OJ L 144, 4.6.1997, p. 19–27.

[3] Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees // OJ L 171, 7.7.1999, p. 12–16.

[4] Green paper on guarantees for consumer goods and after-sales services, Brussels, 15 November 1993, COM(93) 509, p. 7 // URL: http://aei.pitt.edu/932/01/consumer_guarantees_gp_COM_93_509.pdf (дата обращения: 14.01.2018).

[5] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market // OJ L 178, 17.7.2000, p. 1–16.

договоров с участием потребителей в электронной форме.

В рамках адаптации прав потребителей к вызовам цифрового рынка первым актом, в котором было предложено включить положения о передаче цифрового контента было Предложение о введении Регламента Европейского Парламента и Консульства о Едином Европейском праве купли-продажи от 11.10.2011[6] (далее – «CESL»). Регламент представлял собой обширный свод унифицированных норм договорного права для прямого применения на территории Европейского союза, на которые предприниматели могли бы ссылаться в транснациональных сделках вместо применения норм различных национальных правовых систем.

Среди прочего также предлагалось регулирование договора по передаче цифрового контента. Целью такого регулирования являлось закрепление правовой определенности, уменьшение транзакционных издержек, увеличение уверенности европейских потребителей и упрощение ведения бизнеса, особенно, малого и среднего при передаче цифрового контента.

Поскольку договорное регулирование государств-членов ЕС сильно отличается друг от друга, сближение правовых систем будем унификации норм было холодно воспринято национальными правовыми системами, и регламент не получил поддержки, так и оставшись не принятым.

В связи с неудачной попыткой унификации европейским законодателем на следующем этапе уже был выбран подход гармонизации регулирования.

Так, концепция и основы защиты прав потребителей цифрового контента были закреплены в Директиве Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2011/83/ЕС от 25 октября 2011 г. О правах потребителей[7], далее – Директива о правах потребителей.

Прежде всего интерес представляет непосредственно выбор понятия – **цифровой контент.** Ранее нормативно-правовые акты ЕС не включали какого-либо иного объекта, ограничиваясь только товарами (goods) и услугами (services).

Под контентом (*от латинского continēre – содержать*) следует понимать наполнение (содержа-

[6] Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM/2011/0635 final, Brussels, 11 Oct. 2011 // URL: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf (дата обращения: 14.01.2018).

[7] Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0083 (дата обращения: 14.01.2018).

[8] См. Туликов А.В. Зарубежная правовая мысль в условиях развития информационных технологий // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. №3. С. 237.

ние) определенного информационного пространства. Применительно к цифровой среде таким пространством обычно называют информационный континуум киберпространства[8].

В Директиве о правах потребителей дается следующее понятие цифрового контента — «данные, произведенные (produced) и переданные (supplied) в цифровой форме» (п. 11 статьи 2), как например, «компьютерные программы, приложения, музыка, видео и тексты, вне зависимости от того, получен ли к ним доступ посредством загрузки или путём потоковой передачи, получены ли они с материального носителя или с помощью любых иных средств» (п. 39 Преамбулы).

Анализ определения позволяет сделать вывод о возможности включения в него абсолютно любых цифровых данных, обмениваемых с потребителем. Законодатель не выделяет каких-либо признаков понятия и не определяет его через объекты прав, существующие в национальных правопорядках. Вероятнее всего, такой подход «замалчивания» определяется его нежеланием сужать содержание до исчерпывающего перечня *numerus clausus,* поскольку, во-первых, новые объекты продолжают появляться, во-вторых, у каждой национальной правовой системы действует своя система объектов прав.

В то же время следует учитывать, что при толковании понятий, используемых в европейском законодательстве, действует принцип автономии понятийного аппарата, при котором обращения к национальным законодательствам не происходит[9]. Толкование того или иного термина в актах ЕС ограничивается правом ЕС, и обращение для этих целей к национальным традициям не происходит.

Таким образом, определение можно назвать достаточно условным. Законодателю важнее ответить на вопрос «как» урегулировать правоотношения с потребителями, нежели в полной мере определить «что» за ними скрывается.

Следует отметить, что в Директиве о правах потребителей не решен вопрос правовой квалификации договоров по передаче цифрового контента. На них напрямую не распространяется нормы о договорах купли-продажи и договорах оказания услуг. Директива сравнивает договор передачи цифрового контента с договором по водоснабжению, теплоснабжению, газоснабжению, если они предоставляются в установленном количестве/объеме, тем самым, приравнивая объект регулирования к энергии (п.19 Преамбулы).

Регуляторы ЕС оставляют вопрос квалификации договора национальным правовым системам. Например, передача цифрового контента на материальном носителе регулируется положениями договора купли-продажи. Без материального носителя договор может быть квалифицирован, например, как договор оказания услуг (в Бельгии[10]).

Далее, если говорить о нововведениях, то Директива о правах потребителей устанавливает преддоговорные обязательства продавца по предоставлению информации потребителю о его функциональности, относительной совместимости цифрового контента, а также закрепляет особенности осуществления права на отмену договора (withdrawal right), заключенного дистанционным способом.

Так, у продавца возникает обязанность проинформировать потребителя о функциональности и относительной совместимости цифрового контента. Под функциональностью понимается, например, возможность отслеживания поведения потребителя, наличие каких-либо технических ограничений (механизм управления цифровыми правами, кодирования). Информация об относительной совместимости составляет сведения об аппаратно-программной среде, с которой цифровой контент будет технически совместим (операционная система).

Кроме того, закрепляются особенности осуществления права на отмену договора, в частности, правила уведомления и дачи согласия.

Еще Директивой о защите потребителей в отношении договоров, заключенных дистанционным способом, было введено право потребителя по первому требованию отменить такой договор в течение по меньшей мере 7 дней со дня его заключения (ст. 5). Данная мера защиты предоставляет потребителю возможность отказаться от товара после того, как он получит его на руки, взвесит все «за и против»[11] относительно своего приобретения и примет окончательное решение. Так в отношении цифрового контента данное право имеет свои особенности – право на отмену договора истекает до вышеуказанного срока, если потребитель на это прямо согласится и подтвердит свои знания о последствиях дачи такого согласия (невозможность отмены договора в оставшийся срок).

По общему правилу порядок и способы имплементации директив остается на усмотрение государства-члена ЕС. Основным требованием является достижение указанного результата. Национальные правовые системы по-разному внедряют нормы: некоторые распространяют уже действующие нормы, другие – разрабатывают самостоятельное регулирование.

При имплементации положений Директивы о правах потребителей в Германии законодатель ввел §312f Германского гражданского уложения, который закрепляет понятие «цифровой контент – данные, произведенные или предоставленные в цифровой форме, без применения материального носителя»[12]. К договорам по передаче цифрового контента при этом применяется уже существующие нормы по продаже осязаемых вещей согласно §453 Германского гражданского уложения. Таким образом, законодатель распространил существующее договорное регулирование.

[9] Rösler H. Auslegung des Gemeinschaftsrechts. 2009. URL: http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Auslegung_des_Gemeinschaftsrechts (дата обращения: 14.01.2018).

[10] Jacquemin H. Digital Content and Sales or Service contracts under EU Law and Belgian/French Law // JIPITEC 27 para 1. 8, 2017. P. 34.

[11] von dem Bussche A., Klein D. E-commerce law in Germany. 1. Auflage. Verlag C.H. Beck München 2015. S. 27.

[12] Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. August 1896 (in Kraft seit 01.01.1900). URL: https://dejure.org (дата обращения: 14.01.2018).

В отличие от Германии, в праве Великобритании создано самостоятельное регулирование в отношении цифрового контента в рамках защиты прав потребителей путем принятия отдельного нормативного акта и введения «цифрового контента» наравне с понятиями «товар» и «услуга» (Акт о правах потребителей 2015 г.[13], который внес изменения в Акт по купле-продаже товаров 1979г.). С принятием указанного Акта введен специальный тип договора, заключаемого с потребителями. Если договоры на предоставление цифрового контента изначально квалифицировались как непоименованные договоры sui generis, к которым применялись общие принципы общего права, то теперь было закреплено нормативно-правовое регулирование в отношении договоров о передаче цифрового контента. В то же время помимо закрепления положений Директивы о защите прав потребителей акт устанавливает меры защиты в случае недостатков качества, требования к качеству и безопасности цифрового контента, меры ответственности и другие положения, то есть идет значительно дальше в регулировании.

Принятие указанной Директивы можно считать удачным этапом эволюции законодательства, поскольку прежде всего цифровые данные признаны объектом самостоятельного оборота наравне с товаром и услугами, что позволяет потребителям защитить их права и интересы в случае нарушений.

Однако на этом развитие концепции цифрового контента и гармонизация норм в отношении передачи цифровых данных не заканчивается.

В продолжение идеи, заложенной в Директиве о защите прав потребителей, и в рамках Стратегии по созданию Единого Цифрового Пространства (Single Digital Market), заложенной Европейской Комиссией 5 мая 2015 г.[14], разрабатывается Предложение Директивы Европейского Парламента и Совета об определенных аспектах договоров по передаче цифрового контента (The Digital Content Directive)[15], далее – Директива о цифровом контенте.

Целью Директивы о цифровом контенте является максимальная гармонизация ключевых норм, касающихся защиты прав потребителей при заключении договоров по передаче цифрового контента. Это означает, что национальные правопорядки не смогут принять нормы, предоставляющий более высокий уровень защиты потребителей.

На момент написания настоящей статьи Директива о цифровом контенте находится в процессе обсуждения и еще не вступила в силу, однако уже сейчас можно выделить основные направления регулирования.

1. Помимо цифрового контента выделяется понятие «цифровые услуги». Если изначально цифровые услуги входили в понятие цифрового контента, то в ходе обсуждений высказывалась критика о различной природе таких объектов и некорректности их уравнивания[16], что привело к изменению подхода, и цифровые услуги были отделены.

В последней версии Директивы о цифровом контенте предлагается выделение цифровых услуг: «услугу, позволяющую создавать, обрабатывать или хранить данные в цифровом виде, где такие данные передаются потребителем, услугу, которая разрешает совместное использование и любое другое взаимодействие с данными в цифровом виде, переданными другими пользователями услуги». К таким услугам можно отнести услуги облачных вычислений (предоставление удаленного доступа к использованию программного обеспечения), услуги хостинга.

2. Особого внимания требует вопрос о сфере действия Директивы о передаче цифрового контента. Так, Директива применима к договорам, на основании которых поставщик передает или обязуется передать цифровой контент в обмен на деньги или на другое встречное предоставление, отличное от денег, в форме персональных или иных данных. Исключением являются случаи, когда такие данные передаются исключительно в целях выполнения правовых требований (обработка персональных данных для исполнения договора).

Законодателями поднята проблема фактического навязывания условий потребителю и обработки персональных данных в целях иных, нежели цели исполнения договора. Согласимся, что в цифровой экономике информация о физических лицах представляет коммерческую ценность, сравнимую с деньгами. Доступ к персональным данным открывает множество возможностей для их коммерциализации, на основе их использования создаются современные бизнес-модели (аналитика Больших данных в различных сферах предпринимательской деятельности). Кроме того, в различных многопользовательских компьютерных играх оплата может происходить в виде виртуальной валюты, существующей в рамках данной игры, что тоже может быть использовано как оплата по договору о передаче цифрового контента.

Таким образом, применение правил Директивы о цифровом контенте не должно зависеть от того, в каком именно виде представлена оплата за цифровой контент. Приравнивание к деньгам таких данных позволит устранить дискриминацию между различными способами встречного предоставления.

У данного подхода есть как сторонники, так и противники. Прежде всего остается неясным, каким образом будут квалифицироваться персональные данные – в качестве какого объекта прав.

---

[13] Consumer Rights Act 2015. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/pdfs/ukpga_20150015_en.pdf (дата обращения: 14.01.2018).

[14] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A digital single market strategy for Europe (COM(2015) 192 final of 6.5.2015) [Электронный ресурс] – Режим доступа: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447773803386&uri=CELEX%3A52015DC0192 (дата обращения: 14.01.2018).

[15] Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1450431933547&uri=CELEX:52015PC0634 (14.01.2018).

[16] См. Mak V. The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content // Policy Dept C in-depth analysis. PE 536.494. 2016.

3. Директива о цифровом контенте содержит нормы о соответствии цифрового контента специальным требованиям к качеству и безопасности – надлежащая версия (предоставить по умолчанию наиболее последнюю версию), функциональность, доступность, продолжительность/постоянство доступа. Все характеристики качества должны быть прописаны в договоре и должны соответствовать определенной цели, заявленной потребителем при заключении договора. При отсутствии требований к цифровому контенту могут быть применены международные технические стандарты, кодексы поведений и другие источники мягкого права. Цифровой контент должен быть предоставлен свободным от прав третьих лиц.

Предусматриваются меры ответственности поставщика (supplier) за нарушение обязанности по передаче цифрового контента, несоответствие цифрового контента требованиям в момент передачи, несоответствие цифрового контента требованиям в течение всего периода подписки.

Кроме того, закрепляются способы защиты прав потребителей цифрового контента в случае не предоставления цифрового контента или несоответствия цифрового контента требованиям договора, в том числе право на досрочное расторжение долгосрочного договора, расторжении в случае внесения изменений в цифровые данные.

В то же время можно выделить определенные пробелы, которые еще не нашли отражения в тексте рассматриваемой Директивы. Так, учитывая возрастающее значение товаров, в которые встроен цифровой контент (например, различные умные устройства – умные часы и прочее), остается неясным к какому объекту регулирования они будут отнесены —

Европейский Парламент

к товарам или цифровому контенту.

Тем не менее, не смотря на спорность и нерешенность некоторых положений, в целом следует сделать вывод о своевременности, и последовательности самостоятельного регулирования цифрового контента в сфере защиты прав потребителей.

Стоит отметить, что предлагаются новые направления регулирования, что говорит о возможности появления новых этапов эволюции исследуемого нами законодательства. Так, например, инициативная группа исследователей из Университета Оснабрюк (Германия) и Ягеллонского Университета г. Краков (Польша) выступили с проектом Директивы об онлайн платформах[17], учитывающая особенности отношений с участием еще одного субъекта – онлайн платформы. Проект был переименован в модельные правила об онлайн-платформе посреднике (Model Rules on Online Intermediary Platforms) и принят в работу Европейским Институтом права[18].

Таким образом, анализ законодательства ЕС о защите прав потребителей позволяет сделать вывод о своевременном, постепенном и последовательном развитии правового регулирования, направленном на выработку самостоятельного правового режима цифрового контента в сфере защиты прав потребителей. Вышеуказанный опыт может быть позитивно воспринят другими правовыми системами, в частности, Российской Федерацией, для ответа на аналогичные вызовы цифровой экономики. ■

TAGS: цифровой контент, цифровые данные, защита прав потребителей, качество, безопасность, Европейский союз, директива, регламент

digital content, digital data, consumer rights Protection, quality, security, European Union, directive, regulations

[17] Research group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EUCML 4/2016, p. 164.

[18] Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms. URL: https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/online-platforms/ (дата обращения – 14.01.2018).

Мефодьева К.А.,
аспирант Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, юрист ООО «ЕдиныйФактор»

Annotation

The article is devoted to the study of the development of legislation on the protection of rights to digital content at the EU level. The provisions of the main directives, proposals of regulations and directives, as well as examples of the implementation of directives in the national legislation of the EU member states, are analyzed. The problem of recognition of personal and other consumer data as a counter-provision when concluding a contract for the transfer of digital content is disclosed. Timeliness, gradualness and sequence of development of legal regulation are noted. It is concluded that the focus of regulation on the development of an independent legal regime of digital content. ■

Mefodieva K.A.,
Post-graduate student at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Lawyer of oneFactor LLC

Аннотация

Статья посвящена исследованию развития законодательства о защите прав на цифровой контент на уровне ЕС. Проанализированы положения основных директив, предложений регламентов и директив, а также примеры имплементации директив в национальном законодательстве государств-членов ЕС. Раскрывается проблема признания персональных и других данных потребителя в качестве встречного предоставления при заключении договора по передаче цифрового контента. Отмечается своевременность, постепенность и последовательность развития правового регулирования. Делается вывод о направленности регулирования на выработку самостоятельного правового режима цифрового контента. ■

Технические требования к материалам для публикации в журналах

Издательства АНО «Международный аналитическо-издательский центр правовой информации»

НАШИМ АВТОРАМ

Издательство АНО «Международный аналитическо-издательский центр правовой информации» и журнал «Международный правовой курьер» приглашают юристов и юристов-международников к сотрудничеству.

Мы всегда заинтересованы в сотрудничестве с новыми авторами и расширении пула экспертов, работающих с нами постоянно. Присылайте Ваши материалы: статьи, комментарии и тематические обзоры практики, экспертные отзывы, рецензии на новинки профессиональной литературы — в электронном виде в формате Word на адрес **yulia.firsova@fmc-media.ru**.

В связи с большим потоком статей срок рассмотрения составляет не менее одной недели. К рассмотрению принимаются только ранее не публиковавшиеся материалы.

Вопрос о публикации решается редакцией издания.

Авторов просим сообщать о себе следующие сведения:

- Фамилия, имя, отчество
- Место работы и должность
- Ученая степень, почетные звания
- Контактные данные: номер телефона, e-mail.

Авторы, статьи которых ранее публиковались в одном из журналов издательства, могут сообщать только об изменении указанной информации. Статьи авторов, не сообщивших контактную информацию или предоставивших устаревшие/неактуальные данные, редакции журналов не принимают к рассмотрению.

Просим внимательно ознакомиться с правилами оформления материалов, направляемых в редакцию. Это поможет сократить срок подготовки статьи к публикации.

ТЕХНИЧЕСКИЕ ТРЕБОВАНИЯ К СТАТЬЯМ И ИЛЛЮСТРАЦИЯМ:

1. Статьи для журнала принимаются в формате Word.
2. Обязательно наличие фотографии автора (-ов) статьи.
3. Количество знаков на полосе, включая пробелы:

	1* полоса	2 полосы	3 полосы	4 полосы	5 полос
Без иллюстраций	4 000	10 000	16 000	22 000	28 000
С иллюстрациями	3 000	8 000	13 000	18 000	23 000

* 1 полоса – С учетом заголовка

4. Фотографии принимаются в форматах tif, jpg (разрешение 300 dpi).
5. Фотографии в формате Word не принимаются!
6. Чертежи, схемы, логотипы – в векторных форматах: eps, cdr.
7. Графики и диаграммы – в векторных форматах или в формате Excel.
8. Схемы и чертежи формата AutoCAD желательно перевести в формат CorelDraw.

Объем материала, по общему правилу, не должен превышать 40 000 знаков с пробелами.

В сносках, по возможности, указываются только источники. При оформлении сносок на материалы, размещенные в Интернете, обязательно указывать полный адрес и дату рецепции.

Согласно требованиям ВАК, каждый материал должен быть дополнен аннотацией (до 400 знаков с пробелами) на русском и английском языке и ключевыми словами (3—5 слов или словосочетаний) на русском и английском языке.

Настоятельно советуем перед тем, как предоставить материал на рассмотрение, ознакомиться с условиями авторского договора (на сайте http://inter-legal.ru).

Принятые к публикации материалы проходят литературное редактирование и корректуру. Редакция оставляет за собой право без согласования с автором исправлять бесспорные ошибки и недостатки текста. Все статьи, поступающие на рассмотрение, проходят проверку на плагиат. Авторы статей, не выдержавших проверку, к сотрудничеству с редакцией более не привлекаются.

Вопросы о публикации можно задать по электронной почте @ yulia.firsova@fmc-media.ru.

Редакция не несет ответственности за содержание предоставленных материалов

РАЗМЕЩЕНИЕ РЕКЛАМЫ

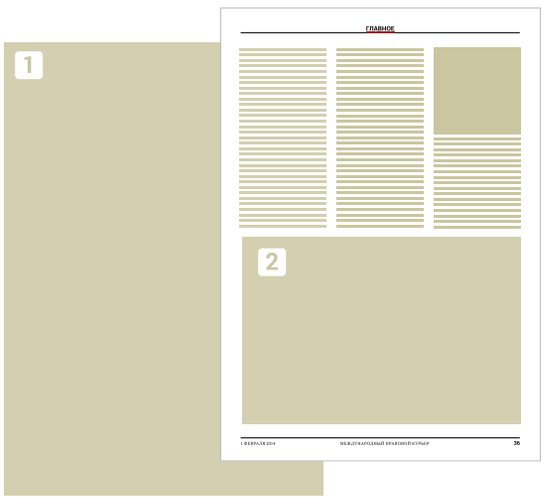
Аудитория: руководители и сотрудники юридических служб, консалтинговых компаний, дипломатические работники, юридические отделы и руководство компаний, ведущих международную деятельность, судьи, адвокаты, нотариусы, научные работники, студенты, аспиранты, а также все те, кто интересуется проблемами международного права.

Распространение: в розницу и по подписке на всей территории РФ, а также на выставках, семинарах, конференциях.

Сотрудничество: мы сотрудничаем с крупнейшими российскими и международными вузами — Дипломатическая академия МИД РФ, Российская государственная академия интеллектуальной собственности, Московская государственная юридическая академия имени О.Н.Кутафина, Российский университет дружбы народов, Итальянский институт философских исследований (г.Неаполь), а также другими российскими и международными научными институтами и организациями. Нашими партнерами также являются Международная ассоциация юристов, Российская государственная библиотека.

РАЗМЕРЫ:

1. **Одна внутренняя полоса** (А4) – 213 x 302 мм + по 5 мм с каждой стороны под обрез.
2. **1/2 полосы** (А5 горизонтальный) – 186 x 128 мм
3. **Обложка** – 213 x 302 мм + по 5 мм с каждой стороны под обрез.



• Рекламные модули принимаются в форматах: eps, ai, cdr, tif (300 dpi, CMYK).

• Все используемые в модуле шрифты должны быть переведены в «кривые».

• Импортированные растровые изображения должны быть приложены отдельно к макету.

ВЕКТОРНАЯ ГРАФИКА:

• **Формат:** Adobe Illustrator до CS3, сохранение файла в формате Illustrator EPS, шрифты в кривых.

• **Содержание:** цветовая модель CMYK, слои сведены, растровая графика должна быть внедрена в файл в модели CMYK и иметь разрешение 300 dpi.

РАСТРОВАЯ ГРАФИКА:

• **Формат:** Adobe Photoshop до CS4, TIFF.

• **Содержание:** цветовая модель CMYK, разрешение 300 dpi, дополнительные обтравочные контуры и alpha-каналы отсутствуют. Все цвета в макете должны быть PROCESS CMYK, OVERPRINT должен быть отключен.

• Если используются цвета в модели Pantone, то их следует перевести в модель CMYK.

• Не следует делать композитным черный цвет текста, использовать только Black 100%.

• Сумма красок в растровых изображениях не должна превышать 300.

Все материалы принимаются в электронном виде.
Адрес электронной почты для пересылки материалов: **yulia.firsova@fmc-media.ru**

ИНФОРМАЦИОННОЕ СПОНСОРСТВО

АНО «Международный аналитическо-информационный центр правовой информации» предлагает услуги по информационному спонсорству на взаимовыгодных условиях сотрудничества для организатора какого-либо мероприятия.

Мы оказываем услуги по информационному спонсорству при организации конференций, симпозиумов и других событий, находящих отклик у широкой общественности. При информационном спонсорстве журнал оказывает информационную поддержку мероприятию, позволяет спонсорам представлять на своих страницах анонсы мероприятий и публиковать пресс-релизы, посвященные определенному событию, материалы по итогам мероприятия.

Сотрудничество с издательством на условиях информационного спонсорства предполагает, что организаторы мероприятий предоставляют со своей стороны различные рекламные возможности как во время самого мероприятия, так и до и после него.

Требования к макетам спонсорских объявлений – смотрите требования к рекламным модулям.

ВОПРОСЫ И ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ ИНФОРМАЦИЯ

(499) 390-35-80
yulia.firsova@fmc-media.ru.

с. 5

Ничтожные сделки в гражданском законодательстве России и Таджикистана: общность и специфика

Душанбе, территория Хисарской крепости