

### ЦЕЛИ И ЗАДАЧИ

Московский журнал международного права является профессиональной трибуной, открытой для различных точек зрения по вопросам толкования и применения норм современного международного права. Журнал нацелен на консолидацию творческих усилий юристов, представляющих российскую и зарубежную науку международного права в ее прогрессивном развитии и позитивном воздействии на международно-правовую практику. В журнале публикуются также результаты исследований национального права, в том числе иностранного, в общем контексте действия международного права.

### ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

#### **Александр Николаевич ВЫЛЕГЖАНИН**

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

### ЗАМЕСТИТЕЛИ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

#### **Дмитрий Владимирович ИВАНОВ**

(первый заместитель) кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Бахтияр Раисович ТУЗМУХАМЕДОВ**

Заслуженный юрист Российской Федерации, кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник, Дипломатическая академия МИД России (Москва, Российская Федерация)

### РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

#### **Аслан Хусейнович АБАШИДЗЕ**

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Российский университет дружбы народов (Москва, Российская Федерация)

#### **Уильям БАТЛЕР**

доктор права, Заслуженный профессор Школы права и международных отношений им. Джона Эдварда Фуллера, Университет штата Пенсильвания (Юниверсити-Парк, США)

#### **Сергей Владимирович БАХИН**

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Санкт-Петербургский государственный университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

#### **Пол БЕРКМАН**

профессор, Школа права и политики, Университет Тафтса (Медфорд, США)

#### **Лариса Владиславовна ВЕРЕИНА**

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Сергей Алексеевич ЕГОРОВ**

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права, Дипломатическая академия МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Анна Ивановна ИВАНЧАК**

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Владимир Алексеевич КАРТАШКИН**

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник сектора прав человека, Институт государства и права, Российская академия наук (Москва, Российская Федерация)

### ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

#### **Анатолий Васильевич ТОРКУНОВ**

Академик Российской академии наук, ректор МГИМО МИД России, доктор политических наук, профессор, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

### РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

#### **Михаил Михайлович БИРЮКОВ**

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры европейского права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Алексей Николаевич БОРИСОВ**

кандидат политических наук, заведующий кафедрой ЮНЕСКО, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Виталий Семенович ИВАНЕНКО**

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права, Санкт-Петербургский государственный университет (Санкт-Петербург, Российская Федерация)

#### **Светлана Юрьевна КОЛОСОВА**

магистр права, полковник юстиции в отставке, Государственно-общественное объединение «Московский Дом ветеранов войн и Вооруженных Сил» (Москва, Российская Федерация)

#### **Вячеслав Николаевич КУЛЕБЯКИН**

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Александр Игоревич МУРАНОВ**

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Людмила Васильевна ПАВЛОВА**

кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права факультета международных отношений, Белорусский государственный университет (Минск, Белоруссия)

#### **Марат Алдангорович САРСЕМБАЕВ**

доктор юридических наук, профессор, Центральная избирательная комиссия Республики Казахстан (Астана, Казахстан)

#### **Геннадий Петрович ТОЛСТОПЯТЕНКО**

доктор юридических наук, профессор, декан международно-правового факультета, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (Москва, Российская Федерация)

#### **Андрей Адамович ТРЕБКОВ**

Заслуженный юрист СССР, кандидат юридических наук, председатель, Международный союз юристов (Москва, Российская Федерация)

#### **Владимир Васильевич УСТИНОВ**

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, Полномочный представитель Президента Российской Федерации в Южном федеральном округе (Ростов-на-Дону, Российская Федерация)

#### **Алексей Александрович КОСТИН**

кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Иван Иванович КОТЛЯРОВ**

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права, Московский университет МВД России им. В.Я. Кикотя (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Цзэнцзюн КУАН**

профессор международного права, Китайский институт приграничных и морских исследований, Уханьский университет (*Ухань, КНР*)

#### **Геннадий Иринархович КУРДЮКОВ**

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного и европейского права, Казанский (Приволжский) федеральный университет (*Казань, Российская Федерация*)

#### **Дмитрий Константинович ЛАБИН**

доктор юридических наук, профессор кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Лев Александрович ЛАЗУТИН**

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права, Уральский государственный юридический университет (*Екатеринбург, Российская Федерация*)

#### **Евгений Григорьевич ЛЯХОВ**

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и международного права, Российская таможенная академия (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Александр Борисович МЕЗЯЕВ**

доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного и международного права, Университет управления "ТИСБИ" (*Казань, Российская Федерация*)

#### **Алексей Александрович МОИСЕЕВ**

доктор юридических наук, вице-президент, Российская ассоциация международного права (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Юрий Эдуардович МОНАСТЫРСКИЙ**

кандидат юридических наук, партнер, юридическая фирма «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры» (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Рейн МЮЛЛЕРСОН**

доктор юридических наук, профессор, президент Академии права, Таллинский университет (*Таллин, Эстония*)

#### **Лаури МЯЛКСОО**

профессор международного права, Университет г. Тарту (*Таллин, Эстония*)

#### **Борис Иванович НЕФЁДОВ**

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Тим ПОТЬЕ**

доктор права, профессор кафедры международного права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Низами Абдулла оглу САФАРОВ**

доктор юридических наук, заведующий отделом административного и военного законодательства, Аппарат Милли Меджлиса (Парламента) Азербайджанской республики (*Баку, Азербайджан*)

#### **Владислав Леонидович ТОЛСТЫХ**

доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета, Новосибирский государственный университет (*Новосибирск, Российская Федерация*)

#### **Владимир Михайлович ШУМИЛОВ**

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития России (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Марк Львович ЭНТИН**

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой европейского права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

### **ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ**

#### **Анна Ивановна ЕФИМОВА**

Ph.D. (политические науки), доцент департамента политической науки, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (*Москва, Российская Федерация*)

#### **Олег Николаевич ХЛЕСТОВ**

Заслуженный юрист Российской Федерации, кандидат юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права, Дипломатическая академия МИД России (*Москва, Российская Федерация*)

**Московский журнал международного права** зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций 09.12.2000, свидетельство о регистрации: № 77-5895

**ISSN (print):** 0869-0049

**ISSN (online):** 2619-0893

**Журнал входит** в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней кандидата и доктора наук.

**Журнал включен** в РИНЦ

**Подписной индекс** в каталоге «Роспечать» 70893

**Периодичность:** 4 раза в год

**Учредители:** Международный союз общественных объединений юристов «Международный союз юристов»; Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации»

**Сайт:** <http://mjil.ru>

**Адрес:** 119454, Российская Федерация, пр. Вернадского, д. 76, ком. 146

**E-mail:** [mjil@mgimo.ru](mailto:mjil@mgimo.ru)

**Тел.:** +7 (495) 229-38-23

Подписано в печать 25.12.2020 г.

**Тираж:** 1000 экземпляров

**Заказ** № 922

Отпечатано в отделе оперативной полиграфии

и множительной техники МГИМО МИД РФ

119454, Москва, пр. Вернадского, д. 76

**Выпускающий редактор номера** – А.Н. Вылегжанин

**Верстка** – Д.Е. Волков

© «Московский журнал международного права», 2020

### ABOUT THE JOURNAL

The Moscow Journal of International Law is a professional tribune open for various points of view on the interpretation and application of the norms of modern international law. The Journal is aimed at consolidation of creative efforts by lawyers who represent the Russian and foreign science of international law in its progressive development and positive impact on international legal practice. The journal also publishes the results of studies of national law, including foreign law, in the general context of application of international law.

### EDITORIAL BOARD

#### EDITOR-IN-CHIEF

##### **Alexander N. Vylegzhanin**

Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

#### DEPUTY EDITORS-IN-CHIEF

##### **Dmitry V. Ivanov**

Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor of the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Bakhtiyar R. Tuzmukhamedov**

Cand. Sci. (Law), Leading Researcher, Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

#### EDITORIAL BOARD MEMBERS

##### **Aslan Kh. Abashidze**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the International Law Department, Peoples' Friendship University of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **William Butler**

Doctor of Laws, the John Edward Fowler Distinguished Professor of Law, Pennsylvania State University (*University-Park, USA*)

##### **Sergei V. Bakhin**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the International Law Department, Saint-Petersburg State University (*Saint-Petersburg, Russian Federation*)

##### **Paul Berkman**

Professor, School of Law and Politics, Tufts University (*Medford, USA*)

##### **Larisa V. Vereina**

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Sergey A. Egorov**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the International Law Department, Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Anna I. Ivanchak**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the Private International and Civil Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Vladimir A. Kartashkin**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Chief Researcher at the Human Rights Sector, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences (*Moscow, Russian Federation*)

### EDITORIAL COUNCIL

#### PRESIDENT

##### **Anatoly V. Torkunov**

Doctor of Political Sciences, Professor, Rector of the Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Academician of the Russian Academy of Sciences (*Moscow, Russian Federation*)

#### MEMBERS OF THE EDITORIAL COUNCIL

##### **Mikhail M. Biryukov**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the European Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Alexey N. Borisov**

Candidate of Political Sciences, Head of the UNESCO Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Vitaly S. Ivanenko**

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the International Law Department, Saint-Petersburg State University (*Saint-Petersburg, Russian Federation*)

##### **Svetlana Yu. Kolosova**

Master of Laws, Retired Lieutenant Colonel of Justice, Public and Private Partnership Moscow House of Veterans of War and Armed Forces (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Vyacheslav N. Kulebyakin**

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor at the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Alexander I. Muranov**

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Private International and Civil Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Ludmila V. Pavlova**

Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Professor at the International Law Department of the Faculty of International Relations, Belarusian State University (*Minsk, Belarus*)

##### **Marat A. Sarsembaev**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Central Election Commission of the Republic of Kazakhstan (*Astana, Kazakhstan*)

##### **Gennady P. Tolstopyatenko**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Dean of the International Law Faculty, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (*Moscow, Russian Federation*)

##### **Andrey A. Trebikov**

Candidate of Juridical Sciences, Head of the International Union of Lawyers (*Moscow, Russian Federation*)

**Alexey A. Kostin**

Candidate of Juridical Sciences, Professor, Head of the Private International and Civil Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia  
(Moscow, Russian Federation)

**Ivan I. Kotlyarov**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the International Law Department, Kikot Moscow University of the Ministry of the Interior of Russia  
(Moscow, Russian Federation)

**Zengjun Kuang**

Professor of International Law, China Institute of Boundary and Ocean Studies, Wuhan University (Peoples Republic of China)

**Gennady I. Kurdyukov**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the International and European Law Department, Kazan Federal University  
(Kazan, Russian Federation)

**Dmitry K. Labin**

Doctor of Juridical Sciences, Professor at the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (Moscow, Russian Federation)

**Lev A. Lazutin**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the International and European Law Department, Ural State Law University  
(Yekaterinburg, Russian Federation)

**Eugene G. Lyakhov**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the Constitutional and International Law Department, Russian Customs Academy  
(Moscow, Russian Federation)

**Alexander B. Mezyaev**

Doctor of Juridical Sciences, Head of the Department of International Law, University of Management TISBI (Kazan, Russian Federation)

**Alexey A. Moiseev**

Doctor of Juridical Sciences, Vice-President, Russian International Law Association (Moscow, Russian Federation)

**Yuri Ed. Monastyrsky**

Candidate of Juridical Sciences, Partner, Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners Law Firm (Moscow, Russian Federation)

**Rein Müllerson**

Doctor of Laws, Professor, President of Law School, Tallinn University  
(Tallinn, Estonia)

**Lauri Mälksoo**

Professor of International Law, University of Tartu (Tallinn, Estonia)

**Boris I. Nefyodov**

Doctor of Juridical Sciences, Associate Professor, Professor at the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia  
(Moscow, Russian Federation)

**Nizami A. oglu Safarov**

Doctor of Juridical Sciences, Head of the Administrative and Military Law Department, National Assembly of the Republic of Azerbaijan  
(Baku, Azerbaijan)

**Tim Potier**

Doctor of Laws, Professor at the International Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (Moscow, Russian Federation)

**Vladislav L. Tolstykh**

Doctor of Juridical Sciences, Associate Professor, Head of the International Law Department, Novosibirsk State University  
(Novosibirsk, Russian Federation)

**Vladimir M. Shumilov**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the International Law Department, Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of Russia (Moscow, Russian Federation)

**Mark L. Entin**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the European Law Department, Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia (Moscow, Russian Federation)

**ASSISTANT EDITOR****Anna I. Yefimova**

Ph.D. in Political Science, Associate Professor of the Political Science Department, National Research University Higher School of Economics  
(Moscow, Russian Federation)

**Vladimir V. Ustinov**

Doctor of Juridical Sciences, Presidential Envoy to the Southern Federal District (Rostov-on-Don, Russian Federation)

**Oleg N. Khlestov**

Candidate of Juridical Sciences, Professor, Professor at the International Law Department, Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia  
(Moscow, Russian Federation)

**Moscow Journal of International Law** was registered as mass media by the Federal Service for Supervision in the Sphere of Telecom, Information Technologies and Mass Communications on the 9<sup>th</sup> of December, 2000.

**Registration certificate:** № 77–5895

**ISSN (print):** 0869-0049

**ISSN (online):** 2619-0893

**The Journal** is on the List of leading peer-reviewed academic journals and editions where key scholarly results of Cand. Sci. and Dr. Sci. theses should be published.

**The Journal** has been included in the Russian Science Citation Index (RSCI).

**Subscription Index:** 70893

**Publication Frequency:** Quarterly

**Founders:** International Union of Lawyers; Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of Russia

**Web-site:** <http://mjil.ru>

**Address:** 76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

**E-mail:** [mjil@mgimo.ru](mailto:mjil@mgimo.ru)

**Tel.:** +7 (495) 229-38-23

**Circulation:** 1000 copies

**Executive editor** – Alexander N. Vylegzhanin

**Typography** – Dmitry E. Volkov

© «Moscow Journal of International Law», 2020

## СОДЕРЖАНИЕ

## CONTENTS

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА		HUMAN RIGHTS	
<i>Торкунова Е.А., Жаринов К.Г.</i> Имплементация гарантий Европейской конвенции по правам человека в сфере высылки иностранных граждан в праве ЕС	6	<i>Ekaterina A. Torkunova, Kirill G. Zharinov</i> Implementation of Standards of the European Convention on Human Rights Regarding Forced Removal of Aliens in the European Union Law	
МЕЖДУНАРОДНАЯ БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ		INTERNATIONAL LEGAL MEASURES AGAINST CRIMES	
<i>Шумилов В.М., Крайнюкова Л.М.</i> Роль ООН в нормативном противодействии международным преступлениям в информационной среде в террористических и иных преступных целях	23	<i>Vladimir M. Shumilov, Lyasyan M. Krajnyukova</i> The Role of the UN in Normative Counteraction to the International Crimes Committed in the Information Sphere for Terrorist and other Criminal Purposes	
ПРАВО И ПОЛИТИКА		LAW AND POLITICS	
<i>Клишин А.А.</i> Политико-правовая характеристика эволюции регулирования деятельности государств	38	<i>Alexey A. Klishin</i> Evolution of the Activities of States as Reflected in Legal and Political Teachings	
МЕЖДУНАРОДНОЕ ВОЗДУШНОЕ ПРАВО		INTERNATIONAL AIR LAW	
<i>Баталов А.А.</i> Вспомогательные процессы образования норм международного воздушного права: актуальные вопросы теории и практики	64	<i>Alexander A. Batalov</i> The Subsidiary Rule-Making Processes in International Air Law: Current Issues of Theory and Practice	
МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО		INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW	
<i>Скуратова А.Ю., Королькова Е.Е.</i> Международно-правовое регулирование деятельности частных военных и охранных компаний	81	<i>Alexandra Yu. Skuratova, Elena E. Korolkova</i> Private Military and Security Companies in International Law	
КОНСУЛЬСКОЕ ПРАВО		CONSULAR LAW	
<i>Любимов А.П., Орешников А.М.</i> Об иерархии нормативных правовых актов в правовой системе: опыт консульской работы за рубежом	95	<i>Alexey P. Lyubimov, Alexander M. Oreshnikov</i> On the Hierarchy of Normative Legal Acts in the Legal System: Experience of Consular Work Abroad	
МЕЖДУНАРОДНОЕ МОРСКОЕ ПРАВО		INTERNATIONAL LAW OF THE SEA	
<i>Глазова А.П.</i> Применение принудительных мер правоохранительного характера на море: вопросы юрисдикции	106	<i>Anastasia P. Glazova</i> General Issues of the Exercise of Jurisdiction in the Process of Application of Law Enforcement Measures at Sea	
ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ		REVIEW OF JUDICIAL PRACTICE	
<i>Рачков И.В., Рачкова Е.И.</i> Рассмотрение в международных инвестиционных арбитражах исков к России, связанных с инвестициями в Крыму	119	<i>Ilya V. Rachkov, Elizaveta I. Rachkova</i> Crimea-Related Investment Arbitration Cases against Russia before International Investment Arbitration Tribunals	



## ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-6-22>

Исследовательская статья

Поступила в редакцию: 16.11.2020

Принята к публикации: 21.12.2020

**Екатерина Анатольевна ТОРКУНОВА**

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России  
Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация  
etorkunova@hotmail.com  
ORCID: 0000-0001-7965-715X

**Кирилл Георгиевич ЖАРИНОВ**

Адвокатское бюро «Мусаев и партнеры»  
Большая Никитская ул., д. 50А/5-1, Москва, 121069, Российская Федерация  
objar007@yandex.ru  
ORCID: 0000-0003-2225-1452

# ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ ГАРАНТИЙ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В СФЕРЕ ВЫСЫЛКИ ИНОСТРАННЫХ ГРАЖДАН В ПРАВЕ ЕС

**ВВЕДЕНИЕ.** В настоящее время в мире, и в особенности в Европейском союзе, обострился миграционный кризис, что приводит к дискуссиям об изменении подходов к правовому регулированию пребывания иностранных граждан. Так, в рамках ЕС проводится активная работа над очередной реформой Пространства свободы, безопасности и правосудия, включая Общеввропейскую систему предоставления убежища. Кроме того, еще с момента вступления в силу Лиссабонского договора в 2009 г., на Европейский союз была возложена обязанность по присоединению к Конвенции о защите прав человека и основных свобод в качестве коллективного члена. Несмотря на неудавшуюся попытку присоединения в 2014 г., заблокированную Судом ЕС, рано или поздно это все же должно произойти, и в последние месяцы вновь ведется активная работа над очередным проектом соглашения о присоединении ЕС к Конвенции. Таким образом, тема предлагаемого исследования представляется крайне актуальной.

При этом необходимо уточнить объем затрагиваемой тематики, а также значение некоторых понятий, используемых в наименовании статьи. В частности, следует оговориться, что под иностранными гражданами в правовой системе ЕС понимаются граждане государств, не входящих в Европейский союз и не применяющих на своей территории рассматриваемые нормы права ЕС по иным основаниям (к примеру, в связи с участием в Европейской экономической зоне), а также лица без гражданства. Кроме того, важно учитывать, что Европейская Конвенция по правам человека (ЕКПЧ) как международный договор, строго говоря, не является источником права ЕС, поскольку ЕС не является ее участником. Следовательно, об имплементации гарантий Конвенции в правовой системе ЕС (в строгом понимании этого термина как системы мер, обеспечивающих фактическое выполнение принятого на себя международного обязательства) можно говорить лишь с некоторой долей условности. Тем не менее нормы Конвен-

ции стали основой формирования одного из важнейших видов источников права ЕС, а именно так называемых общих принципов права ЕС. При этом существенная их часть впоследствии была кодифицирована в Хартии ЕС об основных правах, где прямо указано, что права человека, изложенные в Хартии, должны пониматься таким же образом, что и в Конвенции. Это означает, что в настоящее время Европейский союз в любом случае обязан соблюдать гарантии, предусмотренные ЕКПЧ, вне зависимости от последующего присоединения к Конвенции в качестве коллективного члена.

В связи с объективными ограничениями объема настоящей статьи ее содержание фокусируется на имплементации лишь ключевых материальных гарантий Конвенции в сфере высылки иностранных граждан. Вследствие этого подробно не изучаются, к примеру, процессуальные стандарты ст. 13 Конвенции. Кроме того, исследование не охватывает общие гарантии ст. 3 и 8 Конвенции, применяемые не только в рассматриваемом специфическом контексте высылки иностранного гражданина (в частности, общие стандарты условий содержания в местах лишения свободы и т. п.).

Итак, целью исследования является оценка имплементации гарантий Конвенции о защите прав человека и основных свобод в сфере высылки иностранных граждан в правовой системе Европейского союза и формулирование предложений по решению проблем в этой области в случае их выявления.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** В основу исследования легли нормы Конвенции о защите прав человека и основных свобод, первичного и вторичного права ЕС, судебная практика Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) и Суда ЕС, современные научные труды отечественных и зарубежных исследователей в области прав человека, а также пособия Совета Европы по прецедентной практике ЕСПЧ. Методологическую базу исследования составили следующие общенаучные приемы: анализ, синтез, индукция, дедукция, сравнение, классификация, систематизация, прогнозирование. Были применены и такие частнонаучные методы, как формально-юридический и сравнительно-правовой.

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** Одними из наиболее детально урегулированных правом ЕС вопросов в области миграции оказались: предоставление международной защиты гражданам третьих государств; высылка искателей убежища в ответственное за рассмотрение их заявления го-

сударство – член ЕС; высылка незаконно находящихся граждан третьих государств за пределы ЕС, а также статус граждан третьих государств, являющихся членами семьи граждан ЕС. Регламентация указанных сфер в праве Европейского союза во многом основывалась на прецедентной практике Европейского Суда по правам человека.

ЕСПЧ неоднократно устанавливал нарушения со стороны государств – участников Конвенции при применении ряда актов ЕС (например, в рамках Дублинской системы), однако все они были связаны с реализацией государствами своих дискреционных полномочий и не обусловлены содержанием норм права ЕС. При этом усилия Суда ЕС по толкованию в правозащитном ключе определенных проблемных положений (в частности, о европейском ордере на арест) привели к тому, что Европейский Суд по правам человека при рассмотрении дел о высылке иностранных граждан ни разу не приходил к выводу об опровержении презумпции эквивалентности защиты, предоставляемой правом ЕС (сформулированной в постановлении «*Bosphorus Airways v. Ireland*» в 2005 г.). Более того, в ходе исследования было выявлено, что в целом ряде случаев право ЕС на сегодняшний день предоставляет более высокий уровень защиты, чем Конвенция.

**ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ.** Таким образом, гарантии Конвенции в сфере высылки иностранных граждан были успешно имплементированы в правовой системе ЕС, несмотря на некоторое своеобразие способов инкорпорации норм Конвенции в право Европейского союза в целом. Вместе с тем не стоит забывать о теоретической возможности опровержения такой презумпции в будущем. Кроме того, сама концепция презумпции эквивалентности защиты неоднократно подвергалась критике, и отказ от ее применения в Европейском союзе в целом также нельзя исключать. Углубление миграционного кризиса приводит к возникновению дискуссий о необходимости пересмотра действующих подходов к регулированию международной миграции. Будут ли правовые акты ЕС, принятые впоследствии (в том числе в рамках очередной реформы Пространства свободы, безопасности и правосудия), в полной мере соответствовать гарантиям Конвенции, покажет время.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** Европейская Конвенция по правам человека, Европейский Суд по правам человека, правовая система ЕС, высылка иностранных граждан, Общеввропейская система предоставления убежища, Дублинская система, европейский ордер на арест

**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:** Торкунова Е.А., Жаринов К.Г. 2020. Имплементация гарантий Европейской конвенции по правам человека в сфере высылки иностранных граждан в праве ЕС. – *Московский*

*журнал международного права.* № 4. С. 6–22. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-6-22>

## HUMAN RIGHTS

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-6-22>

Research article  
Received November 16, 2020  
Approved December 21, 2020

### **Ekaterina A. TORKUNOVA**

Moscow State Institute of International Relations (University) MFA Russia  
76, pr. Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454  
etorkunova@hotmail.com  
ORCID: 0000-0001-7965-715X

### **Kirill G. ZHARINOV**

Law-firm «Musaev and Associates»  
50A/-1, ul. Bol'shaya Nikitskaya, Moscow, Russian Federation, 121069  
objar007@yandex.ru  
ORCID: 0000-0003-2225-1452

# IMPLEMENTATION OF STANDARDS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS REGARDING FORCED REMOVAL OF ALIENS IN THE EUROPEAN UNION LAW

**INTRODUCTION.** *The global migration crisis taking place in the world and especially within the European Union provokes debates regarding the necessity to change the current approaches to the regulation of migration issues. Thus, extensive work has been done in the recent years on the new future reform of the Area of Freedom, Security and Justice of the EU including the Common European Asylum System. Besides that, the Lisbon Treaty, which entered into force in 2009, provides that the European Union shall accede to the European Convention on Human Rights. Despite the failed attempt of accession in 2014 blocked by the Court of Justice of the EU, the European Union still must fulfill its obligation, which is bound to happen sooner or later. That is why the topic of the present article is of particular interest at the moment.*

*However, it is important to clarify the understanding of certain terms used in the heading of the article. In*

*particular, it should be noted that the term “aliens” in relation to the European Union legal order covers nationals of states that are not EU-members and do not apply the European Union law concerning migrants on other grounds (for example, due to the membership in the European Economic Area) and stateless persons as well. Further, the reader should take into account that the European Convention on Human Rights as an international treaty is not, strictly speaking, a source of EU law per se as the EU is not a party to the ECHR, at least so far. Therefore, the European Union is not directly obliged under international law to implement the ECHR. Nevertheless, the provisions of the Convention formed the basis for one of the most significant sources of the EU law – the so-called “general principles of the EU law”. Most of them were later codified in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which expressly stipulates that the meaning and scope of the*



*Charter rights which correspond to rights guaranteed by the ECHR shall be the same as those laid down by the ECHR. It means that today the EU already shall comply with the Convention standards regardless of its non-accession to the ECHR as a collective party.*

*Due to objective limits of the text volume the present article concentrates on implementation of the key substantive Convention guarantees concerning forced removal. Consequently, it does not cover the procedural standards laid down by Article 13 of the ECHR. Moreover, the research does not touch upon the general standards of Articles 3 and 8 of the Convention applied not only in the context of removals of aliens but also in other situations (e.g., regarding the conditions of detention).*

*The aim of the present article is to evaluate the implementation of standards of the European Convention on Human Rights regarding forced removal of aliens in the European Union law and to suggest measures to ensure compliance with the Convention guarantees in case of detecting any problematic issues.*

**MATERIALS AND METHODS.** *The research refers to the provisions of the European Convention on Human Rights, the primary and secondary EU law, the case-law of the ECtHR and the CJEU, the recent works of Russian and foreign scholars and also the Council of Europe handbooks. The methodological basis of the research consists of general scientific methods (analysis and synthesis, deduction and induction, classification, systematization, prediction) and special legal methods (comparative legal and formal-legal methods).*

**RESEARCH RESULTS.** *Today the EU law thoroughly regulates such areas as granting international protection to third country nationals; determination of the member state responsible for examining an application for international protection lodged in one of the member states by an alien and his/her subsequent removal to this member state; removal of illegal immigrants to third countries and also the legal status of third country nationals who are family members of an EU citizen. The provisions of EU legal acts in this regard were formulated inter alia on the basis of the case-law of the ECtHR.*

*Although the ECtHR has found violations of the Convention by the EU member states in a number of cases concerning the application of the EU law in the migration context (for example, within the framework of the*

*Dublin system), all these violations were rather caused by exercising of discretionary powers by the member states than resulted from the content of the EU law itself. Moreover, the human rights-based approach used by the CJEU in the interpretation of certain potentially problematic legal acts (in particular, the Framework Decision on the European arrest warrant) contributed to the fact that the ECtHR has never come to a conclusion that the presumption of equivalent protection granted by the EU law (formulated in «Bosphorus Airways v. Ireland» in 2005) was rebutted in any cases regarding forced removal of aliens. Besides that, as of today in many aspects connected with migration the EU law provides broader protection than the Convention.*

**DISCUSSION AND CONCLUSIONS.** *The standards of the European Convention on Human Rights regarding forced removal of aliens have been successfully implemented in the European Union law despite certain originality of how the Convention guarantees are incorporated to the EU legal order in general. This is confirmed, among other things, by the fact that the ECtHR has never come to a conclusion that the presumption of equivalent protection granted by the EU law was rebutted in any cases regarding forced removal of aliens. However, the theoretical possibility of rebuttal of the said presumption in future cannot be excluded and the whole concept of such presumption has been occasionally criticized. The time will show whether the future EU legal acts (in particular, those adopted in the course of the ongoing reform of the Area of Freedom, Security and Justice in response to the escalation of the migration crisis) will fully comply with the European Convention on Human Rights.*

**KEYWORDS:** *European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, EU law, removal of aliens, Common European Asylum System, Dublin System, European arrest warrant*

**FOR CITATION:** Torkunova E.A., Zharinov K.G. Implementation of Standards of the European Convention on Human Rights Regarding Forced Removal of Aliens in the European Union Law. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 4. P. 6–22. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-6-22>

### 1. Особенности оценки имплементации гарантий Конвенции в сфере высылки иностранных граждан в правовой системе ЕС

Прежде всего, следует учитывать некоторое своеобразие подхода к оценке имплементации гарантий ЕКПЧ в сфере высылки иностранных граждан в правовой системе ЕС, вызванное рядом особенностей Европейского союза и его правовой системы.

Во-первых, право ЕС регулирует общественные отношения в сфере высылки иностранных граждан лишь частично. Это связано с ограниченной компетенцией, переданной Европейскому союзу государствами-членами в соответствии с нормами учредительных договоров.

Во-вторых, сам Европейский союз как субъект международного права обязательств по Конвенции напрямую не несет, поскольку не является ее участником, а следовательно, об «имплементации» гарантий Конвенции в правовой системе ЕС в строгом понимании этого термина (как системы мер, обеспечивающих фактическое выполнение принятого на себя международного обязательства) можно говорить лишь с некоторой долей условности. Тем не менее, нормы Конвенции стали основой формирования одного из важнейших видов источников права ЕС, а именно так называемых «общих принципов права ЕС». При этом существенная их часть впоследствии была кодифицирована в Хартии ЕС об основных правах [Jovanović, Vujadinović, Etinski 2009:178], в которой прямо указано, что права человека, изложенные в Хартии, должны пониматься таким же образом, что и в Конвенции. Это означает, что в настоящее время Европейский союз в любом случае обязан соблюдать гарантии, предусмотренные ЕКПЧ, вне зависимости от последующего присоединения к Конвенции в качестве коллективного члена.

В свою очередь, государства-члены обязаны соблюдать Конвенцию в любых ситуациях, в том числе и в ходе претворения в жизнь норм права ЕС, что всегда подлежит контролю со стороны Европейского Суда по правам человека. При этом необходимо обратить внимание, что в знаковом постановлении по делу «*Bosphorus Airways v. Ireland*»<sup>1</sup>

ЕСПЧ проанализировал эволюцию механизмов защиты прав человека в рамках ЕС и пришел к выводу о соответствии презумпции эквивалентности уровня защиты прав человека в ЕС гарантиям Конвенции<sup>2</sup>. Исходя из этого, Суд указал, что если государство действует во исполнение правовых актов ЕС, не предоставляющих свободы усмотрения относительно их имплементации, то какое-либо нарушение Конвенции отсутствует<sup>3</sup>, если не доказано, что в обстоятельствах конкретного дела уровень защиты прав того или иного заявителя в рамках ЕС был явно недостаточным<sup>4</sup>. При этом ЕСПЧ отметил, что наличие такой презумпции эквивалентности в отношении международной организации, включая ЕС, также может подлежать пересмотру в свете новой информации<sup>5</sup>.

Следовательно, в ходе анализа оснований для индивидуального опровержения или же общей отмены презумпции эквивалентности защиты, Европейский Суд по правам человека может дать косвенную оценку соответствия правовых актов ЕС гарантиям Конвенции, в том числе в сфере высылки иностранных граждан. Однако это может произойти лишь при рассмотрении конкретной жалобы о нарушении тем или иным государством своих конвенционных обязательств. По этой причине оценка имплементации гарантий Конвенции в сфере высылки иностранных граждан в правовой системе ЕС будет дана, в первую очередь, через призму выполнения государствами-членами своих обязательств по Конвенции при применении тех или иных норм права ЕС.

### 2. Имплементация гарантий ст. 2 и 3 Конвенции

Прежде всего следует отметить, что, в отличие от Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Хартия ЕС об основных правах предусматривает право на убежище (ст. 18), что является более высоким стандартом даже в сравнении с Женевской Конвенцией о статусе беженцев, которая гарантирует лишь право искать убежище [Иванов, Бобринский 2009:28-29]. Кроме того, Хартия (ст. 19) прямо запрещает высылку иностранных граждан в государства, где им угрожает

<sup>1</sup> European Court of Human Rights: Case of *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*. Application No. 45036/98. June 30, 2005. URL: <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/Course-Materials/HR/HR2009/DeWet/DeWetBackgroundReadingCase3.pdf> (accessed 12.10.2020).

<sup>2</sup> Ibid. Paras. 159-165.

<sup>3</sup> Ibid. Paras. 148, 156, 165.

<sup>4</sup> Ibid. Paras. 156, 166.

<sup>5</sup> Ibid. Para. 155.

смертная казнь, пытки, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание. При этом, согласно Пояснениям к Хартии, указанный запрет понимается, в том числе в соответствии с практикой ЕСПЧ по ст. 3 Конвенции.

Далее, ст. 78 Договора о функционировании ЕС (ДФЕС) содержит положение о проведении Европейским союзом общей политики в сфере убежища, субсидиарной и временной защиты во исполнение принципа невысылки, которая должна соответствовать Женевской Конвенции о статусе беженцев и Протоколу к ней, а также иным относимым международным договорам. Одним из таких договоров, с учетом п. 3 ст. 6 Договора о ЕС (ДЕС), безусловно, является ЕКПЧ.

### **2.1. Имплементация гарантий ст. 2 и 3 Конвенции в случае высылки иностраннных граждан за пределы ЕС**

Более подробно аспекты предоставления международной защиты урегулированы в так называемой Квалификационной Директиве<sup>6</sup>. Статьи 12 и 17 Директивы предусматривают возможность исключения лиц из-под международной защиты в определенных обстоятельствах, а ст. 19 содержит изъятия из принципа невысылки беженцев с оговоркой, что высылка в любом случае не может быть произведена, если она нарушит иные международные обязательства государств-членов (очевидно, включая гарантии ЕКПЧ).

Виды рисков, при существовании которых лицо подлежит международной защите, согласно праву ЕС включают в себя, среди прочего, случаи потенциального нарушения ключевых стандартов Конвенции. Так, согласно ст. 9 Квалификационной Директивы основным критерием предоставления статуса беженца является наличие преследования такой степени серьезности, что оно будет равнозначно грубому нарушению основных прав человека, «в особенности прав, от которых

недопустимы отступления согласно ч. 2 ст. 15 Конвенции о защите прав человека и основных свобод». При этом в ст. 5 Директивы отдельно отмечено, что такое преследование может исходить не только от властей, но и от негосударственных субъектов. Кроме того, в соответствии со ст. 15 Директивы, лицо, не отвечающее всем требованиям для признания беженцем, должно быть обеспечено субсидиарной защитой при условии, что ему угрожает «серьезный вред». Под таким вредом понимается смертная казнь, пытки, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание, а также серьезный и индивидуальный риск жизни или здоровью в ситуации всеобщего насилия в ходе международного или внутреннего вооруженного конфликта.

Что касается требований к оценке риска запрещенного обращения в праве ЕС, их содержание было во многом заимствовано из прецедентной практики ЕСПЧ<sup>7</sup>. В настоящее время они детально изложены в ст. 4 Квалификационной Директивы и включают в себя, в частности, индивидуальность рассмотрения заявления; тщательность и полноценность анализа всех доводов лица, ищущего убежище (в особенности о пережитом им ранее запрещенном обращении); необходимость учета как информации о стране исхода, так и личных обстоятельств лица; применение правила оценки обстоятельств дела *ex nunc* на момент вынесения решения. Следует упомянуть, что Суд ЕС в решении по делу «X, Y and Z»<sup>8</sup> особо отметил, что потенциальная возможность для искателя убежища скрывать свою сексуальную ориентацию не может рассматриваться как фактор, снижающий риск преследования. Таким образом, Суд ЕС сформулировал правовую позицию, аналогичную выводам ЕСПЧ<sup>9</sup>. Общий механизм распределения бремени доказывания риска между властями и заявителем, описанный в указанной статье, также соответствует стандартам, разработанным Европейским Судом по правам человека<sup>10</sup>

<sup>6</sup> European Union: Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 «On standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted». URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>7</sup> Справочник по европейскому законодательству об убежище, границах и иммиграции. 2014. С. 86. Доступ: <https://www.refworld.org.ru/pdfid/55c8aa794.pdf> (дата обращения: 23.10.2020).

<sup>8</sup> Court of Justice of the European Union: Minister voor Immigratie en Asiel v. X, Y and Z v. Minister voor Immigratie en Asiel. Joined Cases No. C-199/12, No. C-200/12 and No. C-201/12. November 7, 2013. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0199&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>9</sup> См.: European Court of Human Rights: Case of M.H., M., M., S. and I.K. v. Switzerland. Application No. 27683/95. September 6, 1995. URL: <https://fln.dk/-/media/FLN/Publikationer-og-notater/MH,-M,-M,-M,-S-AND-IK-v-SWITZERLAND.pdf?la=da&hash=8AFFCA41A473D49F67E88C794F0A34ACE4564319> (accessed 12.10.2020).

и обобщенным в постановлениях Большой Палаты по делам «*F.G. v. Sweden*»<sup>11</sup> и «*J.K. and Others v. Sweden*»<sup>12</sup> [Guide on the case-law... 2020:17].

Отдельно в Квалификационной Директиве урегулирован вопрос об учете возможности внутреннего перемещения заявителя в стране исхода. Согласно ст. 8 Директивы лицу может быть отказано в международной защите, если ему не будет угрожать преследование или серьезный вред при нахождении в пределах какой-либо части территории страны исхода. При этом, однако, необходимо убедиться в том, что заявитель сможет безопасно и легально добраться до этой местности, а также получит туда допуск и будет иметь разумные перспективы там остаться. При оценке возможности внутреннего перемещения Директива обязывает государства использовать актуальную информацию из надежных источников, таких как Управление Верховного Комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ ООН), а также Европейское бюро по вопросам предоставления убежища. Таким образом, регламентация указанного аспекта в праве ЕС учитывает позиции ЕСПЧ, сформулированные в постановлении «*Salah Sheekh v. the Netherlands*» [European Union Law... 2017:810]<sup>13</sup>.

Далее, правовые акты ЕС определяют принципиальные подходы к концепции третьей безопасной страны. Согласно ст. 36 Директивы об общих процедурах предоставления и лишения международной защиты (далее – Директива о процедурах)<sup>14</sup>, в случае, если страна исхода не является страной гражданства искателя убежища (страной постоянного проживания для лиц без гражданства), то страна гражданства (постоянного проживания) может быть сочтена безопасной. Однако это допустимо лишь после индивидуальной оценки всех обстоятельств и при отсутствии серьезных оснований полагать, что указанная страна не является безопасной в свете особенностей конкретного дела. Кроме того, ст. 37 Директивы о процедурах допускает составление государствами –

членами ЕС списков третьих безопасных стран, что прямо не запрещает и Конвенция в ее современном толковании ЕСПЧ [The concept... 2018:7].

При этом в указанной Директиве подробнейшим образом установлены принципы наделения того или иного государства статусом третьей безопасной страны, как в форме общей опровержимой презумпции (составления списков), так и исходя из индивидуальных обстоятельств дела (ст. 37–39 и Приложение I). В свете реализации гарантий Конвенции наиболее важными представляются следующие положения указанных норм. Для включения государства в список третьих безопасных стран необходимо убедиться, что в этом государстве отсутствуют практика преследования по смыслу ст. 9 Квалификационной Директивы, практика применения пыток, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, а также угрозы, связанные с ситуацией всеобщего насилия в ходе международного или внутреннего вооруженного конфликта. В рамках такой оценки обязательно учитывать соблюдение третьим государством гарантий защиты прав человека, в том числе предусмотренных ЕКПЧ, и в особенности тех, от которых недопустимо какое-либо отступление согласно ч. 2 ст. 15 Конвенции. При этом необходимо опираться на разнообразные источники информации, прежде всего, на материалы, собранные государствами – членами ЕС, Европейским Бюро по вопросам предоставления убежища, УВКБ ООН, Советом Европы и другими международными организациями. При окончательном анализе безопасности той или иной третьей страны для заявителя в конкретном деле органы власти государства – участника ЕС обязаны удостовериться, среди прочего, в отсутствии риска серьезного вреда по смыслу Квалификационной Директивы (который в целом охватывает нарушение стандартов ст. 2 и 3 Конвенции, как было отмечено выше).

Также следует упомянуть, что ст. 39 Директивы о процедурах предусматривает концепцию

<sup>10</sup> См. подробнее: The Court's approach to burden of proof in asylum cases. 2016. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_Art3\\_burden\\_proof\\_asylum\\_cases\\_ENG.PDF](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_Art3_burden_proof_asylum_cases_ENG.PDF) (accessed: 09.10.2020).

<sup>11</sup> European Court of Human Rights: Case of *F.G. v. Sweden*. Application No. 43611/11. March 23, 2016. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-161829&filename=CASE%20OF%20F.G.%20v.%20SWEDEN.pdf&logEvent=False> (accessed 12.10.2020).

<sup>12</sup> European Court of Human Rights: Case of *J.K. and Others v. Sweden*. Application No. 59166/12. August 23, 2016. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,57bc18e34.html> (accessed 12.10.2020).

<sup>13</sup> European Court of Human Rights: Case of *Salah Sheekh v. the Netherlands*. Application No. 1948/04. January 11, 2007. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,45cb3dfd2.html> (accessed 12.10.2020).

<sup>14</sup> European Union: Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=en> (accessed 12.10.2020).



третьей безопасной европейской страны, согласно которой государство – участник ЕС имеет право не проводить анализ заявления лица, ищущего убежище, если такое лицо прибыло с территории третьего государства, ратифицировавшего и исполняющего Женевскую Конвенцию о статусе беженцев (без географических ограничений), Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, а также имеющего систему предоставления убежища, регламентированную национальным законодательством. При этом искатель убежища должен иметь возможность опровергнуть презумпцию безопасности третьей европейской страны. Необходимо обратить внимание, что под «европейской» страной в этой статье фактически понимаются государства Совета Европы, не являющиеся членами ЕС. Указанная концепция, при наличии реальной и эффективной возможности опровержения описанной выше презумпции, в целом не противоречит прецедентной практике ЕСПЧ<sup>15</sup>.

## **2.2. Имплементация гарантий ст. 2 и 3 Конвенции в случае высылки иностранцев граждан в пределах ЕС**

Что же касается высылки иностранных граждан из одного государства – члена ЕС в другое, на них распространяются несколько иные принципы, применение которых государствами – членами ЕС в ряде дел приводило к установлению Европейским Судом нарушений Конвенции. Прежде всего, такие ситуации касались реализации

положений Дублинской системы.<sup>16</sup> Основы этой системы были заложены в так называемой Дублинской Конвенции 1990 г.<sup>17</sup>, положения которой были основаны на нормах гл. 7 Шенгенской конвенции 1990 г.<sup>18</sup> Позднее, в 2003 г., нормы Дублинской Конвенции были скорректированы и преобразованы в Регламент<sup>19</sup>, получивший условное наименование Дублин-II<sup>20</sup>. В целом Дублинский механизм был уже достаточно подробно проанализирован в литературе, описаны его преимущества [Иванов, Йордановски 2017:210] и недостатки [Бирюков, Алиев 2018: 115-125].

Имплементация государствами – членами ЕС на практике положений Дублинской Конвенции и Регламента Дублин-II в части высылки искателей убежища в соответствующее государство – член ЕС, признанное ответственным за рассмотрение заявления об убежище, неоднократно становилась предметом жалоб в Европейский Суд по правам человека. Первым опубликованным по этой проблеме решением ЕСПЧ стало решение по делу «T.I. v. the United Kingdom»<sup>21</sup>. Суд указал, что национальные власти не вправе основываться лишь на положениях Дублинской Конвенции, высылая искателей убежища в другое государство – член ЕС без какого-либо анализа рисков, которые могут наступить вследствие такой высылки. Обосновывая этот тезис, Европейский Суд напомнил, что передача части национальной компетенции международным организациям, а также заключение международных договоров не освобождает государства – участники Конвенции от обязательств по ее соблюдению. Позднее, в решении по

<sup>15</sup> European Court of Human Rights: Case of M.S.S. v. Belgium and Greece. Application No. 30696/09. January 21, 2011. Para. 351. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-103050&filename=001-103050.pdf&TID=cwvzdogrzt> (accessed 12.10.2020).

<sup>16</sup> Под Дублинской системой понимается совокупность правил определения государства – члена ЕС, ответственного за рассмотрение заявления иностранного гражданина о предоставлении международной защиты.

<sup>17</sup> European Union: Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819(01)&from=EN) (accessed 12.10.2020).

<sup>18</sup> *Право Европейского союза. В 2 т. Т. 2 Особенная часть: учебник для бакалавров.* Под ред. С.Ю. Кашкина. 4-е изд., М.: Издательство Юрайт. 2015. С. 745.

<sup>19</sup> European Union: Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0343&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>20</sup> В настоящее время действует Регламент Дублин-III. См.: European Union: Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=en> (accessed 12.10.2020).

<sup>21</sup> European Court of Human Rights: Case of T.I. v. the United Kingdom. Application No. 43844/98. March 7, 2000. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-ti-v-united-kingdom-application-no-4384498-decision-admissibility-7-march-2000> (accessed 12.10.2020).



делу «*K.R.S. v. the United Kingdom*»<sup>22</sup>, Суд подтвердил применение аналогичных принципов и к заменившему Дублинскую Конвенцию Регламенту Дублин-II.

Впервые нарушение ст. 3 ЕКПЧ в деле, связанном с имплементацией Регламента Дублин-II, было установлено ЕСПЧ в постановлении Большой Палаты по делу «*M.S.S. v. Belgium and Greece*». Суд счел, что власти Бельгии нарушили свои обязательства по ст. 3 Конвенции, выслав заявителя в Грецию, поскольку им должно было быть хорошо известно о структурных проблемах в греческой системе предоставления убежища (которые могли привести к депортации заявителя по цепочке в Афганистан, где ему угрожало запрещенное обращение), а также о бесчеловечных условиях приема искателей убежища в этой стране в рассматриваемый период. Подобная высылка стала возможной, в том числе благодаря тому, что власти Бельгии на постоянной основе применяли положения Регламента Дублин-II таким образом, что у искателей убежища не оставалось никакой эффективной возможности привести доводы о недопустимости принудительного возвращения в Грецию. Кроме того, миграционные органы систематически не учитывали подобные соображения (к примеру, это не позволяли сделать даже используемые ими типовые формы документов). Тем не менее важно отметить, что ч. 2 ст. 3 Регламента Дублин-II предусматривала дискреционное право государств – членов ЕС рассмотреть заявление иностранного гражданина о международной защите самостоятельно даже в том случае, если ответственным за его рассмотрение согласно Регламенту являлось иное государство. На этом основании ЕСПЧ пришел к выводу о наличии *усмотрения у государств-членов по имплементации положений Регламента Дублин-II*, а следовательно, о невозможности

применения в деле «*M.S.S. v. Belgium and Greece*» презумпции эквивалентности защиты, сформулированной в постановлении «*Bosphorus Airways v. Ireland*» (см. раздел 1 настоящей статьи).

Впоследствии Европейский Суд еще несколько раз констатировал нарушения ст. 3 (либо ст. 3 в совокупности со ст. 13) Конвенции в постановлениях по делам о высылке в рамках Дублинской системы, в частности «*Mohammed v. Austria*»<sup>23</sup>, «*Sharifi and Others v. Italy and Greece*»<sup>24</sup> и «*Tarakhel v. Switzerland*»<sup>25</sup>.

Выявленные ЕСПЧ проблемы с соблюдением защиты прав человека в ходе имплементации Регламента Дублин-II, не остались незамеченными Судом Европейского союза. В решении по делу «*N.S. and M.E.*»<sup>26</sup> Суд ЕС, прямо ссылаясь на выводы ЕСПЧ в постановлении «*M.S.S. v. Belgium and Greece*», указал, что государства – члены ЕС не только имеют право, но в определенных случаях и обязаны не высылать искателя убежища в иное государство – член ЕС. Так, Суд ЕС обратил внимание национальных властей на необходимость соблюдения Хартии ЕС об основных правах в рамках применения дискреционных полномочий, предоставленных им ч. 2 ст. 3 Регламента Дублин-II. В частности, Суд пришел к выводу, что государство – член ЕС должно воздержаться от возвращения иностранного гражданина в другое государство-член, в котором имеются структурные проблемы в системе предоставления убежища, а условия приема искателей убежища противоречат ст. 4 Хартии (аналогичной ст. 3 Конвенции). В ходе реформы Дублинской системы в 2013 г. правовые позиции Суда ЕС были воспроизведены в Регламенте Дублин-III.

В контексте высылки иностранных граждан в пределах территории ЕС следует также упомянуть Рамочное решение о европейском ордере на

<sup>22</sup> European Court of Human Rights: *K.R.S. v. the United Kingdom*. Application No. 32733/08. December 2, 2008. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-krs-v-united-kingdom-application-no-3273308-decision-admissibility-2-december-2008> (accessed 12.10.2020).

<sup>23</sup> European Court of Human Rights: *Case of Mohammed v. Austria*. Application No. 2283/12. June 6, 2013. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-mohammed-v-austria-application-no-228312> (accessed 12.10.2020).

<sup>24</sup> European Court of Human Rights: *Case of Sharifi and Others v. Italy and Greece*. Application No. 16643/09. October 21, 2014. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-sharifi-and-others-v-italy-and-greece-application-no-1664309#:~:text=16643%2F09,-PDF%20version%20of&text=Headnote%3A,to%20their%20countries%20of%20origin.> (accessed 12.10.2020).

<sup>25</sup> European Court of Human Rights: *Case of Tarakhel v. Switzerland*. Application No. 29217/12. November 4, 2011. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-tarakhel-v-switzerland-application-no-2921712#:~:text=29217%2F12,-PDF%20version%20of&text=Headnote%3A,under%20the%20Dublin%20II%20Regulation.> (accessed 12.10.2020).

<sup>26</sup> Court of Justice of the European Union: *N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner & Minister for Justice, Equality and Law Reform*. Joined Cases No. C-411/10 and No. C-493/10. December 21, 2011. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0411&from=EN> (accessed 12.10.2020).

арест 2002 г.<sup>27</sup>, реализация положений которого, на первый взгляд, может вызвать определенные проблемы с соблюдением фундаментальных прав человека [Terziev, Petkov, Krastev 2018:502]. Дело в том, что положения Рамочного решения предусматривают практически автоматическую экстрадицию разыскиваемого гражданина из одного государства – члена ЕС в другое. При этом какой-либо возможности отказа в выдаче на основании соображений защиты прав человека в Рамочном решении не установлено. Таким образом, может возникнуть впечатление, что государство – член ЕС вынуждено экстрадировать лицо даже в том случае, если в другом государстве – члене ЕС ему угрожает обращение, запрещенное ст. 3 Конвенции.

Тем не менее в ч 3 ст. 1 Рамочного решения особо отмечено, что его положения не влияют на объем обязательств государств – членов ЕС по соблюдению основных прав человека и базовых правовых принципов, как они вытекают из ст. 6 ДЕС. Кроме того, в 2016 г. в решении по делу «*Aranyosi and Căldăraru*»<sup>28</sup> Суд ЕС указал, что при наличии серьезного риска бесчеловечного обращения в связи с условиями содержания под стражей в запрашивающем государстве члене-ЕС запрашиваемое государство – член ЕС обязано приостановить исполнение европейского ордера на арест до момента получения дополнительных сведений от запрашивающего государства, которые могли бы опровергнуть существование такого риска. Если же подобные сведения не поступают в разумный срок, то исполнение европейского ордера на арест прекращается. Рассматриваемое решение Суда ЕС является серьезным прорывом в области защиты прав человека, поскольку впервые за 14 лет после принятия Рамочного решения о европейском ордере на арест на уровне права ЕС<sup>29</sup> было офи-

циально подтверждено, что такой ордер может не подлежать исполнению по правозащитным соображениям, в частности, в случае нарушения гарантий ст. 4 Хартии ЕС об основных правах (а следовательно, и ст. 3 ЕКПЧ).

Следует отметить, что за время действия Рамочного решения о европейском ордере на арест Европейский Суд по правам человека ни разу не признавал принятые в соответствии с ним решения об экстрадиции противоречащими ст. 3 Конвенции<sup>30</sup>. Однако обращает на себя внимание недавнее постановление ЕСПЧ по делу «*Romeo Castaño v. Belgium*»<sup>31</sup>, в котором была рассмотрена достаточно интересная обратная ситуация, когда отказ властей Бельгии в исполнении европейского ордера на арест привел к нарушению Конвенции. В указанном деле бельгийские суды отменили решение о выдаче гражданки Испании, обвиняемой в убийстве, в связи с наличием в этой стране риска нарушения ее прав, предусмотренных ст. 3 Конвенции. Впоследствии родственники убитого обратились с жалобой в ЕСПЧ на несоблюдение властями Бельгии своих процессуальных обязательств по ст. 2 Конвенции в рамках сотрудничества при расследовании убийства и привлечения виновных к ответственности. В своем постановлении ЕСПЧ отметил, что риск запрещенного обращения, безусловно, является основанием для отказа в исполнении европейского ордера на арест. Вместе с тем Суд указал, что в этом деле бельгийские власти не провели тщательный анализ всех фактических обстоятельств и не обосновали надлежащим образом вывод о наличии реального и индивидуального риска нарушения стандартов ст. 3 Конвенции в случае экстрадиции обвиняемой в Испанию. В частности, власти ссылались на устаревшую информацию международных организаций, а также не направляли в

<sup>27</sup> Court of Justice of the European Union: Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States - Statements made by certain Member States on the adoption of the Framework Decision. URL: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0004.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0004.02/DOC_1&format=PDF) (accessed 12.10.2020).

<sup>28</sup> Court of Justice of the European Union: Proceedings relating to the execution of European arrest warrants issued in respect of Pál Aranyosi and Robert Căldăraru. Joined Cases No. 404/15 and No. 659/15. April 5, 2016. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CA0404&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>29</sup> Ряд государств – членов ЕС и ранее устанавливали в национальном законодательстве подобные дополнительные основания для неисполнения европейского ордера на арест, что вызывало сомнения в соответствии таких действий обязательствам, вытекающим из права ЕС. См.: The European Arrest Warrant and the Necessary Balance Between Mutual Recognition and Fundamental Rights in the EU. P. 9 URL: <http://www.ejtn.eu/Documents/Themis/THEMIS%20written%20paper%20-%20Romania%201.pdf> (accessed: 25.10.2020).

<sup>30</sup> Об общей правовой позиции ЕСПЧ в отношении европейского ордера на арест более подробно сказано в разделе 4 настоящей статьи.

<sup>31</sup> European Court of Human Rights: Case of Romeo Castaño v. Belgium. Application No. 8351/17. July 9, 2019. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-194618%22%7D> (accessed 12.10.2020).

Испанию каких-либо запросов о предоставлении дополнительных сведений о планируемом месте и условиях содержания под стражей экстрадируемого лица. В итоге ЕСПЧ констатировал неисполнение властями Бельгии процессуальных обязательств по ст. 2 Конвенции.

Тем не менее Суд сделал оговорку о том, что установление нарушения ст. 2 не влечет автоматического вывода о необходимости выслать обвиняемую в Испанию, поскольку оно было связано лишь с отсутствием достаточных фактических оснований, приведенных бельгийскими властями в конкретных процессах, рассмотренных Европейским Судом. Кроме того, ЕСПЧ отметил, что его выводы не следует воспринимать как освобождающие власти Бельгии от обязанности вновь полноценно оценить правомерность экстрадиции обвиняемой в Испанию в соответствии со ст. 3 Конвенции, а также как снижающие уровень защиты статьи 3 Конвенции в делах о высылке в целом.

Несмотря на то, что в постановлении по делу «*Romeo Castaño v. Belgium*» речь шла об экстрадиции гражданки Европейского союза, сформулированные в нем правовые позиции ЕСПЧ в равной мере применимы и к экстрадиции лиц, не имеющих гражданства ЕС.

### 3. Имплементация гарантий ст. 5 Конвенции

Гарантии права на свободу и личную неприкосновенность, предусмотренные Конвенцией, в общем виде отражены в ст. 6 Хартии ЕС об основных правах.

Более детально отдельные аспекты этого права, применяемые в случае лишения свободы лиц, подлежащих высылке, регламентированы прежде всего в ст. 15 так называемой Директивы о возврате<sup>32</sup>. Указанная норма допускает лишение свободы только в качестве крайней меры, в случае если иные способы, в меньшей степени ограничивающие права иностранных граждан, не могут быть эффективно использованы для обеспечения

высылки. В качестве примера надлежащих оснований для заключения лица под стражу в ст. 15 Директивы приводится, в частности, риск побега. При этом согласно ст. 3 Директивы такой риск должен устанавливаться в соответствии с «объективными критериями», определяемыми в национальном законодательстве. Далее устанавливается, что лишение свободы должно применяться в течение максимально короткого срока и только на период, когда реальные меры по высылке осуществляются с необходимой степенью усердия, при условии, что потенциальная возможность высылки не утрачена<sup>33</sup>. Определяются и предельные сроки содержания под стражей. По общему правилу выслаемое лицо не может быть лишено свободы более 6 месяцев, за исключением отдельных ситуаций, а именно: отсутствия сотрудничества со стороны такого лица либо наличия задержек в получении документов от властей третьих государств. В этих случаях допускается продление срока содержания на дополнительные 12 месяцев, после чего иностранный гражданин подлежит освобождению при любых обстоятельствах<sup>34</sup>.

Следует также отметить, что Суд Европейского союза в постановлении по делу «*El Dridi*»<sup>35</sup> еще раз обратил внимание на то, что меры по исполнению решения о высылке (включая лишение свободы) должны отвечать требованиям пропорциональности и применяться постепенно, от более мягких к более жестким, в зависимости от конкретной ситуации при обязательном соблюдении основных прав человека. Кроме того, в решении по делу «*Achughbabian*»<sup>36</sup>, Суд ЕС напомнил, что лишение свободы должно соответствовать гарантиям основных прав, предусмотренных в ЕКПЧ и Хартии ЕС об основных правах.

Далее стоит упомянуть, что порядок, основания и сроки лишения свободы искателей убежища в целях передачи их в другое государство – член ЕС в рамках Дублинской системы урегулированы отдельно в ст. 28 Регламента Дублин-III. Тем не менее ее положения во многом аналогичны ст. 15 Директивы о возврате.

<sup>32</sup> European Union: Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0115&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>33</sup> См. в качестве примера: Court of Justice of the European Union: Kadzoev (Huchbarov). Case No. 357/09 November 30, 2009. Paras. 65-66. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0357&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>34</sup> Ibid. Para 60.

<sup>35</sup> Court of Justice of the European Union: El Dridi, alias Soufi Karim. Case No. 61/11. April 28, 2011. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=82038&doclang=en> (accessed 12.10.2020).

<sup>36</sup> Court of Justice of the European Union: Achughbabian v. Prefet du Val-de-Marne. Case No. 329/11. December 6, 2011. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CJ0329&from=EN> (accessed 12.10.2020).

Как видно из вышеизложенного, ключевые гарантии пункта 5-1-f ЕКПЧ в полной мере реализованы в правовых актах ЕС. Более того, правовая система ЕС в ряде случаев предусматривает более высокий уровень защиты, к примеру, обязывая государства-члены отдельно обосновывать пропорциональность лишения свободы достижению цели исполнения решения о высылке.

Что касается гарантий, закрепленных в части 2 статьи 5 Конвенции, часть 2 статьи 15 Директивы о возврате *содержит положение* о том, что решение о заключении иностранного гражданина под стражу в целях высылки принимается исключительно в письменной форме с указанием фактических и правовых оснований для применения указанной меры. Это позволяет реализовать право арестованного на немедленное получение информации о причинах лишения свободы.

В отношении стандартов, предусмотренных ч. 4 ст. 5 Конвенции, следует отметить, что аналогичные гарантии предусмотрены и в праве ЕС. Так, в ч. 2 ст. 15 Директивы о возврате указано, что в случае, если иностранный гражданин был заключен под стражу решением административных органов, то он должен иметь право инициировать процедуру оперативной проверки законности лишения свободы судебным органом. Часть 3 ст. 15 Директивы также устанавливает обязательность периодического пересмотра правомерности лишения свободы. Кроме того, интересно отметить, что ч. 4 ст. 13 Директивы наделяет иностранного гражданина правом на получение бесплатной юридической помощи в ходе этих процедур в случае соответствия критериям, предусмотренным в национальном законодательстве. Отдельная регламентация рассматриваемых вопросов предусмотрена в отношении лиц, подпадающих под действие Регламента Дублин-III. На них распространяются положения ст. 9 Директивы об условиях приема<sup>37</sup>, содержащей в целом схожий (а в некоторых моментах и более высокий) уровень защиты.

Право на получение компенсации в случае неправомерного лишения свободы, закрепленное

в ч. 5 ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, обеспечивается в правовой системе ЕС действием правила об ответственности государств-членов за вред, причиненный в результате ненадлежащего исполнения обязательств, вытекающих из права ЕС. Указанное правило было впервые сформулировано в широко известном решении Суда ЕС по делу «*Francovich*» [Berry, Homewood, Bogusz 2017:181]<sup>38</sup>.

Наконец, рассмотрим возможность применения ст. 5 Конвенции по принципу дела «*Soering*»<sup>39</sup>, то есть с учетом рисков грубого нарушения ее фундаментальных гарантий в принимающем государстве [Ktistakis 2013:93]. При отсутствии специального регулирования этого вопроса в праве ЕС следует вновь обратиться к общим положениям Квалификационной Директивы и Директивы о возврате. Как было отмечено выше, ст. 9 Квалификационной Директивы приравнивает грубое нарушение основных прав человека, в частности, предусмотренных Конвенцией, к преследованию (при условии соответствия иным критериям преследования и отсутствии оснований для исключения лица из под международной защиты). При этом в любом случае ст. 19 Квалификационной Директивы запрещает высылку беженцев за пределы ЕС в нарушение иных международных обязательств государств-членов (безусловно, включая обеспечение гарантий ЕКПЧ). Кроме того, ч. 4 ст. 6 Директивы о возврате содержит общую норму о возможности воздержаться от высылки за пределы ЕС незаконно пребывающего иностранного гражданина по гуманитарным или иным соображениям. Представляется, что Регламент Дублин-III и Рамочное решение о европейском ордере на арест, нормы которых могут быть применены при высылке иностранных граждан из одного государства – члена ЕС в другое, также подлежат толкованию в духе соблюдения основных прав человека, предусмотренных Хартией ЕС об основных правах, включая право на свободу и личную неприкосновенность (см. раздел 2 настоящей статьи).

<sup>37</sup> European Union: Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>38</sup> Court of Justice of the European Union: *Francovich and Bonifaci and Others v. Italian Republic*. Joined Cases No. 6/90 and No. 9/90. November 19, 1991. URL: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7a76ea3f-a919-475c-8bbe-29e0b260ebc4.0002.03/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7a76ea3f-a919-475c-8bbe-29e0b260ebc4.0002.03/DOC_1&format=PDF) (accessed 12.10.2020).

<sup>39</sup> European Court of Human Rights: *Case of Soering v. the United Kingdom*. Application No. 14038/88. July 7, 1989. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-soering-v-united-kingdom-application-no-1403888-7-july-1989> (accessed 12.10.2020).



#### 4. Имплементация гарантий ст. 8 Конвенции

Общие гарантии защиты права на уважение частной и семейной жизни в рамках правовой системы ЕС изложены в ст. 7 Хартии ЕС об основных правах. Кроме того, ст. 24 Хартии отдельно закрепляет основные права ребенка.

Более подробное регулирование оснований для пребывания и правового положения в ЕС граждан третьих стран, являющихся членами семьи гражданина государства – члена ЕС (либо Европейской экономической зоны – ЕЭЗ), содержится, прежде всего, в Директиве о свободе передвижения<sup>40</sup> и Директиве о семейном воссоединении<sup>41</sup>. Понятие членов семьи в указанных актах определяется по аналогии с практикой ЕСПЧ по ст. 8 Конвенции в рассматриваемом контексте (см. ст. 2 и 4 Директив соответственно)<sup>42</sup>.

При этом во многих вопросах, связанных с пребыванием иностранных граждан в странах ЕС на основании семейных связей, право ЕС предусматривает гораздо более высокий уровень защиты, чем Конвенция. К примеру, в решении по делу «*Ruis Zambrano*»<sup>43</sup> Суд ЕС отметил, что при наличии у ребенка гражданства государства – члена ЕС его родителям должно быть предоставлено право на пребывание и работу в этом государстве (безотносительно какой-либо оценки возможности построения семейной жизни на территории иного государства, которую бы обязательно дал ЕСПЧ<sup>44</sup>). Кроме того, согласно ст. 13 Директивы о свободе передвижения, даже после прекращения семейной жизни (в частности, в случае развода) иностранные граждане имеют право проживать в государстве – члене ЕС при наличии опреде-

ленных условий. Схожие положения содержит и ст. 15 Директивы о семейном воссоединении.

Что касается возможности принятия решения о высылке иностранного гражданина, то в случае, если он является членом семьи гражданина государства – члена ЕС/ЕЭЗ, на него распространяются практически те же гарантии (за некоторыми изъятиями), что и на самих граждан государств – членов ЕС/ЕЭЗ при их высылке из одного государства ЕС/ЕЭЗ в другое. Указанные гарантии содержатся, прежде всего, в ст. 27–29 Директивы о свободе передвижения и предусматривают очень высокий уровень защиты, поглощающий минимальные стандарты обеспечения права на уважение семейной жизни, закрепленные в прецедентной практике ЕСПЧ по ст. 8 Конвенции. Кроме того, в ст. 32 Директивы указано, что если решение о высылке по каким-то причинам не было исполнено в течение двух лет после вынесения, то власти государства – члена ЕС обязаны удостовериться в сохранении действительной необходимости его исполнения, а также учесть любые существенные изменения ситуации. Такой подход отражает правовые позиции ЕСПЧ, сформулированные в постановлении по делу «*Ejimson v. Germany*»<sup>45</sup>. Ст. 33 Директивы также наделяет высланных лиц правом подавать заявления о пересмотре решения о запрещении въезда в связи с новыми обстоятельствами по прошествии разумного срока после исполнения решения о высылке и в любом случае – по истечении трех лет, что значительно снижает вероятность констатации нарушения ст. 8 Конвенции в подобных делах [Harris et al. 2018:556]<sup>46</sup>.

Гарантии права на уважение семейной жизни искателей убежища при определении государства –

<sup>40</sup> European Union: Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (Text with EEA relevance). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0038&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>41</sup> European Union: Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0086&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>42</sup> Кроме того, см., например, ст. 2 Квалификационной Директивы, ст. 2 Директивы об условиях приема, ст. 2 Регламента Дублин-III.

<sup>43</sup> Court of Justice of the European Union: *Ruis Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*. Case No. 34/09. March 8, 2011. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0034&from=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>44</sup> См., например: European Court of Human Rights: *Case of Sorabjee v. the United Kingdom*. Application No. 23938/94. October 23, 1995. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2350> (accessed 12.10.2020) или European Court of Human Rights: *Case of Jaramillo v. the United Kingdom*. Application No. 24865/94. October 23, 1995. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-2358> (accessed 12.10.2020).

<sup>45</sup> European Court of Human Rights: *Case of Ejimson v. Germany*. Application No. 58681/12. March 1, 2018. Para 61. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5aa63f3b4.html> (accessed 12.10.2020).

<sup>46</sup> См. также: European Court of Human Rights: *Case of Vasquez v. Switzerland*. Application No. 1785/08. November 26, 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-138562&filename=001-138562.pdf> (accessed 12.10.2020).



члена ЕС, ответственного за рассмотрение их обращения за убежищем, в целях последующего возвращения в это государство устанавливаются Регламентом Дублин-III. В п. 14 Преамбулы этого Регламента указано, что обеспечение права на уважение семейной жизни в соответствии с Конвенцией и Хартией ЕС об основных правах является ключевым фактором, на который государства – члены ЕС должны ориентироваться в ходе его применения. В ст. 8–11 и 16 Регламента содержатся более подробные положения о порядке учета семейных связей ищателя убежища в ходе выбора ответственного государства, которые сводятся к максимально возможному соблюдению принципа единства семьи. Кроме того, согласно ч. 2 ст. 17 Регламента, даже если основания, предусмотренные ст. 8–11 и 16 не подлежат применению, государство – член ЕС может запросить иное государство принять на себя ответственность за рассмотрение заявления об убежище по гуманитарным основаниям, в том числе в связи с наличием семейных или культурных связей с соответствующим государством.

Наконец, следует еще раз напомнить и о том, что ч. 4 ст. 6 Директивы о возврате содержит общую норму о возможности воздержаться от высылки незаконно пребывающего иностранного гражданина (не являющегося членом семьи гражданина государства – члена ЕС/ЕЭЗ) по гуманитарным или иным соображениям.

## 5. Имплементация иных гарантий Конвенции

Рассматривая вопрос о потенциальном применении гарантий ст. 4,<sup>47</sup> и 7 Конвенции в делах о высылке за пределы ЕС по принципу дела «Soering», представляется, что на такие случаи в полной мере распространяются стандарты, описанные в разделе 2 настоящей статьи. Данный вывод следует из ст. 9 и 19 Квалификационной Директивы, а также ст. 6 Директивы о возврате, содержание которых было проанализировано ранее.

При этом в отношении теоретически возможного применения ст. 9 Конвенции (свобода мысли, совести и религии) по аналогичному принци-

пу [Ktistakis 2013: 96] право ЕС предусматривает более высокий уровень защиты. Так, в решении по делу «Y and Z»<sup>48</sup> Суд ЕС отметил, что риск серьезного нарушения свободы, мысли, совести и вероисповедания, предусмотренного ст. 10 Хартии ЕС об основных правах, представляет собой преследование по смыслу ст. 9 Квалификационной Директивы, а значит, влечет предоставление статуса беженца (при соблюдении иных необходимых критериев) и запрещает высылку.

Что касается распространения гарантий указанных статей на высылку иностранных граждан в пределах Европейского союза в рамках Дублинской системы либо исполнения европейского ордера на арест, представляется, что правовые акты ЕС, регулирующие такую высылку, подлежат толкованию в духе соблюдения Хартии ЕС об основных правах (см. раздел 2 настоящей статьи). В этом контексте целесообразно также упомянуть, что в постановлении по делу «Pirozzi v. Belgium»<sup>49</sup> ЕСПЧ (рассматривая жалобу в рамках ст. 6 по принципу дела «Soering») сформулировал правовые позиции о взаимодействии гарантий Конвенции и обязательств, предусмотренных Рамочным решением о европейском ордере на арест [Guide on Article 6... 2020:100]. В частности, ЕСПЧ отметил, что Рамочное решение в его толковании Судом ЕС (а также в совокупности с нормами бельгийского законодательства, примененными в этом деле) обеспечивает стандарт защиты, эквивалентный Конвенции, по крайней мере, на уровне презумпции. Вместе с тем Европейский Суд напомнил, что такая презумпция может быть опровергнута, если в обстоятельствах конкретного дела защита *от нарушений Конвенции*, предоставляемая правом ЕС, является явно недостаточной. В таком случае национальные власти обязаны применять нормы права ЕС (включая положения Рамочного решения) в соответствии с конвенционными требованиями.

Запрет коллективной высылки, закрепленный в ст. 4 Протокола № 4 к Конвенции, в праве ЕС обеспечивается положениями ст. 19 Хартии ЕС об основных правах. Стоит также упомянуть, что ЕСПЧ в постановлении по делу «Sharifi and Others v. Italy and Greece» обратил внимание госу-

<sup>47</sup> Кроме того, стоит упомянуть, что положения ч. 2 ст. 6 Конвенции о презумпции невиновности в правовой системе Европейского союза отражены в ст. 48 Хартии ЕС об основных правах.

<sup>48</sup> Court of Justice of the European Union: Bundesrepublik Deutschland v. Y and Z. Joined Cases No. C-71/11 and No. C-99/11. September 5, 2012. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=126364&doclang=EN> (accessed 12.10.2020).

<sup>49</sup> European Court of Human Rights: Case of Pirozzi v. Belgium. Application No. 21055/11. April 17, 2018. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6061117-7798896> (accessed 12.10.2020).

дарств – участников Конвенции, входящих в ЕС, на недопустимость оправдания коллективных возвращений, ссылаясь на положения действовавшего на тот момент Регламента Дублин-II (который в настоящее время заменен Регламентом Дублин-III).

Наконец, ст. 47 Хартии ЕС об основных правах наделяет каждого, чьи права и свободы, предусмотренные в правовой системе ЕС, были нарушены, правом на «эффективное обжалование в суд». Указанное право сочетает в себе гарантии как ст. 13 Конвенции (право на эффективное средство правовой защиты), так и ст. 6 Конвенции (право на справедливое судебное разбирательство). При этом Хартия не содержит отдельного регулирования процедурных стандартов в отношении высылки иностранных граждан, как это закреплено в ст. 1 Протокола № 7 к Конвенции. Более того, в ст. 47 Хартии нет какого-либо ограничения ее действия – к примеру, положений о ее применении только в случаях спора о гражданских правах или предъявления уголовного обвинения (по аналогии со ст. 6 Конвенции). Таким образом, широкие гарантии ст. 47 Хартии в полной мере распространяются и на дела о высылке иностранных граждан.

## 6. Выводы

В настоящее время гарантии Конвенции в сфере высылки иностранных граждан нашли свое отражение как на уровне первичного права (прежде всего, в Хартии ЕС об основных правах), так и в нормативных актах, принятых институтами ЕС. Наиболее детально урегулированы правом ЕС (с учетом распределения компетенции между Союзом и государствами-членами) вопросы предоставления международной защиты гражданам третьих государств, высылки искателей убежища в ответственное за рассмотрение их заявления государство – член ЕС, высылки незаконно находящихся граждан третьих государств за пределы ЕС, а также проблемы статуса граждан третьих государств, являющихся членами семьи граждан ЕС.

Регламентация указанных вопросов в праве ЕС во многом основывалась на прецедентной практике ЕСПЧ. Более того, сегодня в целом ряде аспектов право ЕС предоставляет более высокий уровень защиты, чем ЕКПЧ. В качестве примера можно привести обязанность государств – членов ЕС обосновывать пропорциональность лишения свободы иностранного гражданина достижению цели исполнения решения о высылке (чего не тре-

бует пункт 5-1-f ЕКПЧ); право на получение бесплатной юридической помощи при пересмотре правомерности лишения свободы (чего не требует ч. 4 ст. 5 ЕКПЧ); распространение на дела о высылке гарантий справедливого судебного разбирательства (см. соотношение ст. 46 Хартии ЕС об основных правах и ст. 6 и 13 ЕКПЧ) и прочее.

Тем не менее ЕСПЧ неоднократно констатировал нарушения Конвенции государствами – членами ЕС в ходе исполнения ими своих обязательств по высылке в рамках Дублинской системы, определяющей государство-член, ответственное за рассмотрение заявления иностранного гражданина, ищущего убежище. В своих постановлениях ЕСПЧ последовательно обращал внимание на недопустимость оправдания несоблюдения Конвенции ссылками на необходимость следования нормам права ЕС.

Вместе с тем Европейский Суд по правам человека в подобных делах всегда приходил к выводу о том, что государства – участники Конвенции действовали в рамках дискреционных полномочий, предоставленных им правовыми актами ЕС, нормы которых не вынуждали их к нарушению ЕКПЧ. Суд ЕС также не оставался в стороне и интерпретировал положения Регламента Дублин-II в духе соблюдения гарантий Конвенции, что привело к изменению проблемных положений в ходе разработки ныне действующего Регламента Дублин-III. Кроме того, Суд ЕС применил аналогичный подход и в отношении Рамочного решения о европейском ордере на арест, буквальные формулировки которого вызывали серьезные опасения с точки зрения защиты прав человека. ЕСПЧ, в свою очередь, не оставил эти усилия без внимания, подтвердив презумпцию эквивалентности защиты (сформулированную в 2005 г. в деле «Bosphorus Airways v. Ireland») в недавнем постановлении, затрагивающем вопросы исполнения европейского ордера на арест.

Таким образом, на протяжении последних 15 лет Европейский Суд по правам человека ни разу не приходил к выводу об опровержении презумпции эквивалентности защиты, предоставляемой правом ЕС, при рассмотрении дел о высылке иностранных граждан, что косвенно свидетельствует об успешной реализации соответствующих гарантий Конвенции в праве Европейского союза. Вместе с тем не стоит забывать о теоретической возможности опровержения такой презумпции в будущем или даже отказа от ее применения в целом. Углубление миграционного кризиса приводит к возникновению дискуссий о необходимости

пересмотра подходов к регулированию международной миграции. На уровне ЕС в последние годы идет активная работа, направленная на реформирование различных составляющих Пространства свободы, безопасности и правосудия [Энтин, Во-

йников, Торкунова 2018:102–114], включая Общую европейскую систему предоставления убежища [Войников 2017:149–169]. Будут ли новые правовые акты ЕС в полной мере соответствовать гарантиям Конвенции, покажет время.

### Список литературы

1. Бирюков М.М., Алиев Д.М. 2018. Дублинское регулирование: история становления и содержание. – *Московский журнал международного права*. № 2. С. 115–125. DOI: 10.24833/0869-0049-2018-2-115–125
2. Войников В.В. 2017. Реформа законодательства Европейского союза об убежище как ответ на миграционный кризис в Европе. – *Труды Института государства и права РАН*. Т. 12. № 5. С. 149–169.
3. Иванов Д.В., Бобринский Н.А. 2009. *Правовой статус лиц, ищущих убежища, в современном международном праве*. М.: Статут. 301 с.
4. Иванов Д.В., Йордановски С. 2017. Международно-правовые аспекты общеевропейской системы убежища: практика применения Дублинской конвенции, определяющей государство, ответственное за рассмотрение ходатайств о предоставлении убежища, поданных в одном из государств-членов. – 25 лет внешней политике России: *Сборник материалов X Конвента РАМИ (Москва, 8–9 декабря 2016 г.)*: В 5 т. Т. 4: Россия и современный мир: экономика и право: В 2 ч. Ч. 2. Под общ. ред. А.В. Мальгина. М.: МГИМО-Университет. С. 207–226.
5. Энтин М.Л., Войников В.В., Торкунова Е.А. 2018. Новый этап в институционально-правовом обустройстве пространства свободы, безопасности и правосудия ЕС. – *Московский журнал международного права*. № 2. С. 102–114. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2018-2-102-114>
6. Berry E., Homewood M.J., Bogusz B. 2017. *Complete EU law*. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press. 690 p.
7. De Hert P., Korenica F. 2012. The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights. – *German Law Journal*. Vol. 13. Issue 7. P. 874–895. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200020794>
8. *European Union Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Ed. by C. Barnard and St. Peers. 2017. Oxford: Oxford University Press. 853 p. DOI: 10.1093/he/9780198789130.001.0001
9. *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*. 2020. 119 p. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf) (accessed: 23.10.2020).
10. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immigration*. 2020. Council of Europe/European Court of Human Rights. 41 p. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Immigration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf) (accessed: 09.12.2020).
11. Harris D. [et al.]. 2018. *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press. 986 p.
12. Jovanović M., Vujadinović D., Etinski R. 2009. *Democracy and Human Rights in the European Union*. Belgrade: Faculty of law; Maribor: Faculty of law; Nis: Faculty of law; Novi Sad: Faculty of law (Beograd: Dosije studio). 389 p.
13. Ktistakis Y. 2013. *Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. A handbook for legal practitioners*. 140 p. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff59> (accessed: 25.10.2020).
14. Terziev V., Petkov M., Krastev D. 2018. European Arrest Warrant and Human Rights of the Accused. – *Proceedings of SOCIOINT 2018 – 5th International Conference on Education, Social Sciences and Humanities At: Dubai, U.A.E.* P. 501–504. URL: [https://www.researchgate.net/publication/326247081\\_EUROPEAN\\_ARREST\\_WARRANT\\_AND\\_HUMAN\\_RIGHTS\\_OF\\_THE\\_ACCUSED](https://www.researchgate.net/publication/326247081_EUROPEAN_ARREST_WARRANT_AND_HUMAN_RIGHTS_OF_THE_ACCUSED) (accessed: 25.10.2020).
15. *The concept of a "safe third country" in the case-law of the Court - Articles 2, 3, 8 and 13*. 2018. 21 p. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_safe\\_third\\_country\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_safe_third_country_ENG.pdf) (accessed: 24.10.2020).

### References

1. Berry E., Homewood M.J., Bogusz B. *Complete EU law*. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford: Oxford University Press. 2017. 690 p.
2. Biryukov M.M., Aliyev J.M. Dublinskoye regulirovaniye: istoriya stanovleniya i soderzhaniya [Dublin System of Regulations: History and Contents]. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 2. P. 115–125 (In Russ.). DOI: 10.24833/0869-0049-2018-2-115–125
3. De Hert P., Korenica F. The Doctrine of Equivalent Protection: Its Life and Legitimacy Before and After the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights. – *German Law Journal*. 2012. Vol. 13. Issue 7. P. 874–895. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2071832200020794>
4. Entin M.L., Voinikov V.V., Torkunova E.A. Novyi etap v institutsional'no-pravovom obustroistve prostranstva svobody, bezopasnosti i pravosudiya ES [The New Stage of Institutional and Legal Foundation of the EU Area of Freedom, Security and Justice]. – *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 2. P. 102–114. (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2018-2-102-114>
5. *European Union Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Ed. by C. Barnard and St. Peers. Oxford: Oxford University Press. 2017. 853 p. DOI: 10.1093/he/9780198789130.001.0001
6. *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)*. 2020. 119 p. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf) (accessed: 23.10.2020).
7. *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immigration*. 2020. 41 p. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Immigration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf) (accessed: 09.12.2020).
8. Harris D. [et al.]. 2018. *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 4<sup>th</sup> ed. Oxford:

- Oxford University Press. 986 p.
9. Ivanov D.V., Bobrinskii N.A. *Pravovoi status lits, ishchushchikh ubezhishche, v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Legal status of asylum seekers in modern international law]. Moscow: Statut Publ. 2009. 301 p. (In Russ.)
  10. Ivanov D.V., Iordanovski S. Mezhdunarodno-pravovye aspekty obshcheevropeiskoi sistemy ubezhishcha: praktika primeneniya Dublinskoi konventsii, opredelyayushchei gosudarstvo, otvetstvennoe za rassmotrenie khodataistv o predostavlenii ubezhishcha, podannykh v odnom iz gosudarstv-chlenov [International Legal Aspects of the European Asylum System. The Practice in Applying the Dublin Convention, which defines the state responsible for examining asylum applications submitted in one of the Member State]. – *25 let vneshnei politike Rossii: sbornik materialov X Konventa RAMI (Moskva, 8–9 dekabrya 2016 g.): V 5 t. T. 4: Rossiya i sovremennyy mir: ekonomika i pravo: V 2 ch. Ch. 2. Pod obshch. red. A.V. Mal'gina* [Twenty Five Years of the Foreign Policy of the Russian Federation: The Collection of Papers of the X Conference of RISA (Moscow, December 8–9, 2016). In 5 vols. Vol. 4: Russian and Contemporary World: Law and Economics. In 2 parts. Part 2. Ed. by A.V. Malgin]. Moscow: MGIMO-Universitet Publ. 2017. P. 207–226. (In Russ.)
  11. Jovanović M., Vujadinović D., Etinski R. *Democracy and Human Rights in the European Union*. Belgrade: Faculty of law; Maribor: Faculty of law; Nis: Faculty of law; Novi Sad: Faculty of law (Beograd: Dosije studio). 2009. 389 p.
  12. Ktistakis Y. *Protecting migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. A handbook for legal practitioners*. 2013. 140 p. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007ff59> (accessed: 25.10.2020).
  13. Terziev V., Petkov M., Krastev D. European Arrest Warrant and Human Rights of the Accused. – *Proceedings of SOCIOINT 2018 – 5th International Conference on Education, Social Sciences and Humanities At: Dubai, U.A.E*. 2018. P. 501–504. URL: [https://www.researchgate.net/publication/326247081\\_EUROPEAN\\_ARREST\\_WARRANT\\_AND\\_HUMAN\\_RIGHTS\\_OF\\_THE\\_ACCUSED](https://www.researchgate.net/publication/326247081_EUROPEAN_ARREST_WARRANT_AND_HUMAN_RIGHTS_OF_THE_ACCUSED) (accessed: 25.10.2020).
  14. *The concept of a "safe third country" in the case-law of the Court - Articles 2, 3, 8 and 13*. 2018. 21 p. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_safe\\_third\\_country\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_safe_third_country_ENG.pdf) (accessed: 24.10.2020).
  15. Voinikov V.V. Reforma zakonodatel'stva evropeiskogo soyuza ob ubezhishche kak otvet na migratsionnyi krizis v Evrope [The Reform of European Union Law on Asylum as a Response to the Migration Crisis in Europe]. – *Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS*. 2017. Vol. 12. No. 5. P. 149–169. (In Russ.)

## Информация об авторах

**Екатерина Анатольевна Торкунова,**

кандидат юридических наук, доцент кафедры европейского права, Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

etorkunova@hotmail.com  
ORCID: 0000-0001-7965-715X

**Кирилл Георгиевич Жаринов,**

адвокат, Адвокатское бюро «Мусаев и партнеры»

121069, Российская Федерация, Москва, Большая Никитская ул., д. 50А/5-1

objar007@yandex.ru  
ORCID: 0000-0003-2225-1452

## About the Authors

**Ekaterina A. Torkunova,**

Cand Sci. (Law), Associate Professor at the Department of European Law, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University) MFA Russia

76, Prospect Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

etorkunova@hotmail.com  
ORCID: 0000-0001-7965-715X

**Kirill G. Zharinov,**

Attorney, Law-firm «Musaev and Associates»

50A/-1, ul. Bol'shaya Nikitskaya, Moscow, Russian Federation, 121069

objar007@yandex.ru  
ORCID: 0000-0003-2225-1452



**МЕЖДУНАРОДНАЯ БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ**DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-23-37>

Исследовательская статья  
Поступила в редакцию: 06.09.2020  
Принята к публикации: 26.11.2020

**Владимир Михайлович ШУМИЛОВ**

Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития  
Пудовкина ул., 6А, Москва, 119285, Российская Федерация  
info@vavt.ru  
ORCID: 0000-0002-5247-6284

**Ляйсян Маратовна КРАЙНЮКОВА**

Астраханский государственный университет  
Татищева ул., 20А, Астрахань, 414056, Российская Федерация  
5leska5@mail.ru  
ORCID: 0000-0002-4411-6510

# РОЛЬ ООН В НОРМАТИВНОМ ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ПРАКТИКЕ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ТЕРРОРИСТИЧЕСКОГО ХАРАКТЕРА В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

**ВВЕДЕНИЕ.** В современном мире усиливаются угрозы международной информационной безопасности – применение информационно-коммуникационных технологий в преступных целях. Центром разработки мер противодействия такой практике стала Организация Объединенных Наций. В статье раскрывается роль ООН в формировании нового международно-правового института.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** Материалом для исследования послужили резолюции ГА ООН, Совета Безопасности ООН, тексты соответствующих международных договоров и проекты договоров, научные труды. Методологическую основу исследования составили традиционные для юридических работ общенаучные и частнонаучные методы познания.

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** В результате проведенного исследования авторы скорректиро-

вали утверждающийся в правовой науке взгляд на термин «информационный терроризм», выделили положения резолюций ГА ООН и Совета Безопасности ООН, составляющие нормативную основу противодействия государствам преступлениям в информационном пространстве, а шире – использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях.

**ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ.** Авторы обращают внимание, что формирование нового международно-правового института происходит в рамках и под эгидой ООН, преимущественно на основе норм «мягкого» права, однако наступает этап, когда международные рекомендательные нормы постепенно становятся международными договорными нормами, обладающими более жесткой юридической силой.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** Организация Объединенных Наций, «информационный терроризм»,



*терроризм, экстремизм, кибертерроризм, информационное пространство, международная информационная безопасность, Глобальная контртеррористическая стратегия ООН, преступления международного характера в информационном пространстве в террористических целях, противодействие использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях.*

**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:** Шумилов В.М., Крайнюкова Л.М. 2020. Роль ООН в нормативном противодействии практике международных преступлений в информационной сфере в террористических и иных преступных целях. – *Московский журнал международного права*. № 4. С. 23–37. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-23-37

## INTERNATIONAL LEGAL MEASURES AGAINST CRIMES

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-23-37>

Research article  
Received 06.09.2020  
Approved 26.11.2020

### Vladimir M. SHUMILOV

Russian Foreign Trade Academy of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation  
6A, ul. Mosfilmovskaya, Moscow, Russian Federation, 117285  
info@vavt.ru  
ORCID: 0000-0002-5247-6284

### Lyasyan M. KRAJNYUKOVA

Astrakhan State University  
20A, ul. Tatishcheva, Astrakhan, Russian Federation, 414056  
5leska5@mail.ru  
ORCID: 0000-0002-4411-6510

# THE ROLE OF THE UN IN NORMATIVE COUNTERACTION TO THE TRANSNATIONAL CRIMES OF TERRORISTIC CHARACTER COMMITTED IN THE INFORMATION SPHERE

**INTRODUCTION.** *In today's world, threats to international information security are increasing. One of them is the use of information and communication technologies for criminal purposes. The United Nations has become the centre for the development of measures to counter such practices. The article discusses the role of the United Nations in the formation of a new international legal institution.*

**MATERIALS AND METHODS.** *The study was based on resolutions of the United Nations General Assembly, the United Nations Security Council, the texts of relevant international treaties and draft treaties, and academic writings. The methodological basis of the*

*study was the general scientific and private scientific methods of knowledge which are traditional for legal works.*

**RESEARCH RESULT.** *As a result of the research, the authors corrected the view of the term "information terrorism" that is being approved in legal science, and highlighted the provisions of UN General Assembly and UN Security Council resolutions that form the normative basis for state countering crimes in the information space, and more broadly, the use of information and communication technologies for criminal purposes.*

**DISCUSSION AND CONCLUSIONS.** *The authors note that the formation of a new international legal in-*

*stitution takes place within the framework and under the auspices of the United Nations mainly under the basis of soft law norms. But now a new stage of "switching" is beginning. It is the stage in which the method of developing international recommendatory norms turns to the method of developing international Treaty norms that have a more stringent legal force.*

**KEYWORD:** *United Nations, "information terrorism", terrorism, extremism, cyberterrorism, information space, international information security, UN Global Counter-Terrorism Strategy, transnational*

*crimes in the information space for terrorist purposes, countering the use of information and communication technologies for criminal purposes.*

**FOR CITATION:** Shumilov V.M., Krajnyukova L.M. The Role of the UN in Normative Counteraction to the International Crimes Committed in the Information Sphere for Terrorist and other Criminal Purposes. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 4. C. 23–37. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-23-37

### К вопросу о терминах

В первые десятилетия XXI века среди различных видов международного терроризма наиболее заметным и опасным становится так называемый «информационный терроризм», который практикуется как частными структурами, экстремистски настроенными лицами, отдельными средствами массовой информации (СМИ), так и государствами в лице соответствующих органов и спецслужб. Сам термин «информационный терроризм» появился в широком научном обороте относительно недавно и зачастую трактуется неоднозначно [Бураева 2016:139–141; Жаворонкова 2015:30–36; Журавлев 2009:157–169]: с одной стороны, как серьезные преступления в *информационной сфере*; с другой стороны, как серьезные преступления, совершаемые с помощью *информационных технологий* в различных сферах общественно-политического бытия. В первом случае преступные намерения направлены на интернет-среду, интернет-инфраструктуру; во втором – интернет-среда выступает как орудие преступления.

В научной правовой литературе ставится вопрос о соотношении понятий «информационный терроризм» и «кибертерроризм» [Роговский 2007:12]. Иногда между ними ставится знак равенства, часто под «кибертерроризмом» понимают хакерские атаки [Denning 2004], и в таком случае предлагается рассматривать «кибертерроризм» как более узкое понятие.

Несмотря на внешнюю привлекательность и яркую иллюстративность термина «информационный терроризм», возникают вопросы о правомерности использования его в юридической практике – как во внутреннем праве, так и в международно-правовой системе. Практически невозможно выделить целостные, системные

признаки и состав преступления под условным названием «информационный терроризм».

В Уголовном кодексе РФ содержится статья 205, в которой приводится состав уголовного преступления «террористический акт», характеризующийся предельной конкретикой: взрыв, поджог и т.п. в целях дестабилизации деятельности органов власти или международных организаций. В состав акта «информационного терроризма» следовало бы включить множество слишком разнородных действий. Равным образом обстоит дело и с «информационным терроризмом международного характера».

Возьмем для примера события в Белоруссии, которые произошли в августе 2020 г. после выборов президента, – направляемую извне информационную агрессию. Как квалифицировать развернувшиеся в сети или исходящие от финансируемых из-за рубежа общественных оппозиционных структур призывы выходить на несанкционированные митинги и марши, устраивать тотальные забастовки, препятствовать службе милиции, блокировать работу государственных (в том числе силовых) ведомств? И все это дополняется подачей искаженной картины событий в мировых и внутренних «независимых» СМИ, угрозой внешнего военного вторжения, индивидуальными санкциями против руководства государства и должностных лиц страны! Аналогичные явления сопровождают почти каждое крупное общественно-политическое событие и в России. Что из этого набора скоординированных действий является именно актом «информационного терроризма»? Оправдано ли вообще использование слова «терроризм», а если оправдано, то во всех ли указанных случаях? Думается, что правильнее и точнее было бы квалифицировать подобные действия как «информационный экстремизм»: деятельность в информационном

пространстве, направленную на насильственную, антиконституционную смену власти, строя, воспрепятствование работе государственных органов, избирательных комиссий, демонстрацию незаконной атрибутики, распространение соответствующих материалов, разжигание ненависти к тем или иным социальным группам, предоставление для всего этого информационных услуг. В российском законе «О противодействии экстремистской деятельности» (2002) к экстремистской деятельности приравнивается и оправдание терроризма, сама террористическая деятельность, а в Уголовном кодексе имеется статья 282.1, касающаяся организации экстремистского сообщества, то есть создания организованных групп лиц для действий, называемых экстремистскими. Понятия «экстремизма», «экстремистской деятельности» оказывается шире, чем понятия «терроризма» и «террористической деятельности», и целый ряд составов преступлений в информационном пространстве легче «вписать» в понятие «экстремизм», чем в понятие «терроризм».

Можно сделать вывод, что термин «информационный терроризм» не является юридически обоснованным и достаточно точным; правильное было бы акты подобного рода квалифицировать как «преступления в информационном пространстве в террористических целях»; при этом необходим целый кодекс, в котором были бы собраны все составы таких преступлений [Капитонова 2015].

Международный характер подобные преступления приобретают, если исполнители, организаторы следуют руководящим указаниям из-за рубежа или приезжают из другой страны, получают оттуда помощь в любой форме (в форме услуг, финансирования, идеологического прикрытия) или бегут затем в другую страну, просят там убежища [Шхагапсоев 2018].

Значительная, если не преобладающая, часть «преступлений в информационной сфере в террористических целях» носит международный характер. В этих условиях актуальным становится вопрос: как мировое сообщество государств реагирует на данную проблему, носящую глобальный характер? Что предпринимает главная организация – Организация Объединенных Наций

– для решения проблемы или хотя бы для координации усилий заинтересованных государств в противодействии практике организации и проведения подобных актов?

С политической точки зрения трудно определить грань между понятиями «информационный терроризм» и «информационная война»: если «информационный терроризм» – это отдельные акты, то «информационная война» – это целое сетевое явление, системно связанные между собой акты; в международных отношениях они направлены на существенные стороны жизни того или иного государства; их еще можно квалифицировать как «информационную агрессию»<sup>1</sup> [Lee S. Strickland 2015:12–17]. Однако ни в одном международном юридическом документе эти понятия пока не встречаются.

В России проблематике терроризма посвящены: Закон о противодействии терроризму (2006); «Концепция противодействия терроризму в Российской Федерации», утвержденная Президентом (2009); Закон о безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации (2017). К «преступлениям в информационном пространстве в террористических целях» имеет отношение Закон об информации, информационных технологиях и защите информации (2006); «Доктрина информационной безопасности Российской Федерации», утвержденная Указом Президента (2016).

#### **«Глобальная контртеррористическая стратегия ООН» и другие акты ООН**

В деятельности ООН подготовка и принятие актов, касающихся терроризма, как известно, занимает большое место. Наиболее заметными из актов (резолюций ГА ООН, международных договоров, принятых в рамках или под эгидой ООН в конце XX века и в первые десятилетия XXI века) являются: Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом (1998); Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (1999); Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма (2005); Конвенция о взаимной правовой помощи и выдаче в целях борьбы с терроризмом (2008)<sup>2</sup> и многие другие. Однако в этих актах нет поло-

<sup>1</sup> При этом следует помнить, что существует Резолюция ГА ООН «Определение агрессии» (1974), и в этой Резолюции не указаны интересующие нас признаки «информационной агрессии».

<sup>2</sup> Международная Конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом 1998 г., принятая Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 января 1998 г. № 52/164. – Документ ООН A/RES/52/164; Международная Конвенция о борьбе с финан-

жений об «информационном терроризме», или о «преступлениях в информационном пространстве в террористических целях». Можно, однако, представить ситуации, в которых нормы конвенций о терроризме могли бы быть истолкованы – по аналогии – применительно к «преступлениям в информационном пространстве в террористических целях» [Лукацкий 2015].

Содержание многих резолюций Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности ООН подтверждает, что становление международного правосознания и международно-правового института борьбы с преступлениями в информационном пространстве идет в тесной привязке к международным актам, касающимся терроризма. Постепенно, от акта к акту, в тексты резолюций добавляются положения, расширяющие взгляд на специфику преступлений в информационном пространстве вообще и в террористических целях – в частности.

Резолюции ГА ООН о преступном использовании *информационных* технологий стали появляться в 2000 г.; позднее была принята серия резолюций о «создании глобальной структуры кибербезопасности». Тогда были официально провозглашены идеи: интернет как площадка для диалога, управление интернетом на международной основе, обеспечение безопасности интернета, право государств определять свои информационные инфраструктуры и др.<sup>3</sup>

В 2006 г. Генеральная Ассамблея приняла Резолюцию A/RES/60/288 «Глобальная контртеррористическая стратегия ООН»<sup>4</sup>, подтвердив Декларацию 1994 г. о мерах по ликвидации международного терроризма и ссылаясь на все предыдущие важнейшие резолюции по вопросам терроризма. В тексте Стратегии государ-

ства-члены постановили приложить все усилия, чтобы заключить всеобъемлющую конвенцию о международном терроризме. Стратегия состоит из четырех частей: в первой предусмотрены меры по устранению условий, способствующих распространению терроризма; во второй – меры по предотвращению терроризма и борьбе с ним (речь идет, например, о координации усилий государств в борьбе с терроризмом во всех его формах и проявлениях в сети интернет); в третьей – меры по укреплению роли ООН; в четвертой – меры по обеспечению прав человека как основы для борьбы с терроризмом.

В ряде более поздних резолюций Генеральной Ассамблеи ООН положения, касающиеся интернета и различных аспектов информационной среды, развиваются и дополняются. Так, Резолюция ГА ООН A/RES/60/288 «Глобальная контртеррористическая стратегия ООН» (2006) призывает государства сотрудничать с ООН в изучении путей и средств использования сети интернет в качестве инструмента борьбы с распространением терроризма (п. 12 b).

В Резолюции A/66/282 (2012)<sup>5</sup> Генеральная Ассамблея выразила беспокойство по поводу все более широкого использования исполнителями террористических актов новых информационно-коммуникационных технологий (п. 19). Эта же Резолюция призывает государства заключить всеобъемлющую конвенцию о международном терроризме. Понятно, что если дело дойдет до такой конвенции, в ней должны быть положения, посвященные «преступлениям в информационном пространстве в террористических целях».

В Резолюции ГА ООН 68/276 (2014)<sup>6</sup> указывается, что государства не должны позволять неправительственным, некоммерческим и бла-

сированием терроризма 1999 г., принятая Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1999 г. № 54/109. – Документ ООН A/RES/54/109; Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г., принятая Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 13 апреля 2005 г.

№ 59/290. – Документ ООН A/RES/59/290; Конвенция о взаимной правовой помощи и выдаче в целях борьбы с терроризмом 2008 г., принятая на пятой Конференции министров юстиции франкоязычных стран Африки (Рабат, 16 мая 2008 г.). – Документ ООН A/62/939-S/2008/567. Доступ: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conv\\_terrorism.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conv_terrorism.shtml) (дата обращения: 11.08.2020).

<sup>3</sup> Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН. – Информационно-коммуникационные технологии. – Документы ООН. Доступ: <https://www.un.org/ru/development/ict/res.shtml> (дата обращения 04.09.2020)ю

<sup>4</sup> Глобальная контртеррористическая стратегия ООН / Контртеррористическое Управление – Целевая группа по осуществлению контртеррористических мероприятий. Доступ: <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/ru/un-global-counter-terrorism-strategy> (дата обращения: 01.09.2019).

<sup>5</sup> Обзор Глобальной контртеррористической стратегии ООН 2012 г., принятой Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 29 июня 2012 г. № 66/282. – Документ ООН A/RES/66/282. Доступ: <https://undocs.org/ru/A/RES/66/282> (дата обращения 04.09.2020).

<sup>6</sup> Обзор Глобальной контртеррористической стратегии ООН 2014 г., принятой Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 13 июня 2014 г. № 68/276. – Документ ООН A/RES/68/276. Доступ: <https://undocs.org/ru/A/RES/68/276> (дата обращения 04.09.2020).



готовительным организациям злоупотреблять своим статусом в интересах террористов; именно такие организации зачастую выступают субъектами «преступлений в информационном пространстве в террористических целях». Резолюция призывает государства защищать право неприкосновенности частной жизни в контексте цифровой связи и в условиях борьбы с терроризмом (п. 12), объединить усилия в борьбе с насильственным экстремизмом во всех его формах и проявлениях (п. 24). Ассамблея выразила озабоченность в связи с тем, что террористы и их пособники все шире используют информационно-коммуникационные технологии, прежде всего интернет и другие средства информации, для совершения, подстрекательства, найма исполнителей, финансирования или планирования террористических актов (п. 27).

В Резолюции ГА ООН A/70/291 (2016)<sup>7</sup> отмечено, что практика терроризма создает угрозу территориальной целостности и безопасности государств, дестабилизирует законные правительства. Интересно, что в Резолюции закреплён расширенный взгляд на составы террористической деятельности, в частности указывается, что террористы могут использовать незаконный оборот оружия и наркотиков, незаконную торговлю людьми, культурными ценностями и природными ресурсами, похищение людей, вымогательство, отмывание денег, ограбление банков и другие виды преступлений. Понятие «терроризм» используется наряду с понятием «насильственный экстремизм». Поставлен акцент на цель создания и поддержания в государствах эффективных систем уголовного правосудия. Содержится призыв пересмотреть процедуры и законодательные акты, касающиеся перлюстрации сообщений, их перехвата, сбора личной информации, практики массовой слежки, с тем чтобы обеспечить защиту прав человека. Говорится о необходимости принимать меры, чтобы территории государств не использовались для подготовки или организации террористических актов против других государств или их граждан; изыскивать пути сотрудничества в целях оказания взаимной помощи и привлечения к ответствен-

ности лиц, использующих информационно-коммуникационные технологии для террористических целей. Резолюция обращает внимание на то, что террористы с помощью информационно-коммуникационных технологий используют искажённые идеи, в том числе религиозные, для мобилизации ресурсов и сторонников. Генеральная Ассамблея призвала государства принять меры, чтобы законодательно запретить подстрекательство к совершению террористических актов, отказывать в убежище лицам, виновным в таких актах. Все указанные положения Резолюции актуальны и для «преступлений в информационном пространстве в террористических целях», когда происходит использование искажённых идей, подстрекательство к преступным актам, предоставление убежища зачинщикам и подстрекателям.

Кроме того, согласно Резолюции все соответствующие международные организации должны сотрудничать с системой ООН и государствами-членами в том, что касается обмена информацией о физических и юридических лицах, замешанных в террористической деятельности любого рода, в том числе посредством информационных технологий; об их тактике, методах, используемых идеях.

Резолюция ГА ООН A/72/284 (2018)<sup>8</sup> призывает государства к объединению усилий, чтобы «не дать террористам найти безопасные для себя онлайн-зоны», но при этом содействовать функционированию открытого и безопасного интернета. Государствам и соответствующим международным организациям предлагается рассмотреть возможность разработки национальных и региональных планов действий по предупреждению насильственного экстремизма во всех случаях, когда он создает питательную среду для терроризма, а также разработать средства противодействия террористической пропаганде, в том числе через интернет. Контрпропаганда должна утверждать позитивные идеи, давать убедительные альтернативы и освещать вопросы, представляющие интерес для уязвимых групп, являющихся объектами террористической пропаганды. Генеральная Ассамблея

<sup>7</sup> Обзор Глобальной контртеррористической стратегии ООН 2016 г., принятой Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 01.06.2016 г. № 70/291. – Документ ООН A/RES/70/291. Доступ: <https://undocs.org/ru/A/RES/70/291> (дата обращения 04.09.2020).

<sup>8</sup> Обзор Глобальной контртеррористической стратегии ООН 2012 г., принятой Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 26 июня 2018 г. № 72/284. – Документ ООН A/RES/72/284. Доступ: <https://undocs.org/ru/A/RES/72/284> (дата обращения 04.09.2020).



обратила внимание на увеличение притока в террористические организации новых членов, завербованных за рубежом. Эта констатация заставляет вспомнить о притоке иностранных граждан с соответствующими намерениями и подготовкой в преддверии и во время «информационной агрессии», в частности и в Белорусию, в августе 2020 г. после выборов президента страны. Многие положения резолюций ГА ООН повторяются из документа в документ.

В декабре 2019 г. впервые была принята Резолюция ГА ООН о борьбе с киберпреступностью<sup>9</sup>, внесенная Россией и рядом государств. За документ проголосовали 79 стран, против – 60, 33 страны воздержались. Против одобрения Резолюции резко выступили Соединенные Штаты Америки, считающие интернет своей «собственностью»; с территории США наиболее интенсивно и агрессивно проводятся кибератаки в отношении информационной инфраструктуры России и многих других стран. Документ предполагает создание Генассамблеей специального межправительственного комитета экспертов, представляющего все регионы, задачей которого станет разработка международной конвенции о противодействии использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях. В МИД России отметили, что предложенная Россией Резолюция фактически закрепляет цифровой суверенитет государств над своим информационным пространством и открывает новую страницу в истории глобального противодействия киберкриминалу. Ранее в Совете Европы была принята кулуарно подготовленная так называемая Будапештская конвен-

ция о преступности в сфере компьютерной информации (2001). Российская Резолюция создает переговорную площадку под эгидой Генеральной Ассамблеи ООН для разработки действительно универсальной конвенции по борьбе с киберпреступностью.<sup>10</sup>

Можно сделать вывод: идет постепенное становление, формирование не только международно-правового института противодействия «преступлениям в информационной сфере в террористических целях», но и более широкого института «противодействия использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях». Если первый институт совмещает «киберпространство» и «терроризм», то второй институт – «киберпространство» и все виды международных преступлений (более того, не только «киберпространство», а всё информационное пространство, включая печатные и телевизионные СМИ).

Наряду с Генеральной Ассамблеей, проблематикой терроризма во всех его аспектах занимается и Совет Безопасности ООН. Можно отметить, например, следующие резолюции СБ ООН: № 1373 (2001); 1624 (2005); 2129 (2013); 2178 (2014)<sup>11</sup>, в которых содержатся идеи, уже зафиксированные в резолюциях ГА ООН. Вместе с тем можно выделить некоторые положения резолюций СБ ООН, позволяющие увидеть близость понятий «терроризм» и «преступления в информационном пространстве в террористических целях». В ряде резолюций 2015 г. под титулом «Угрозы международному миру и безопасности, создаваемые террористическими актами» (S/RES/2199; S/RES/2249; S/RES/2253; S/RES/2255)<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Противодействие использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях. – Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 27 декабря 2019 г. № 74/247. – Документ ООН A/RES/74/247. Доступ: <https://undocs.org/ru/A/RES/74/247> (дата обращения 04.09.2020).

<sup>10</sup> Зиновьева Е.С. Дипломатическое наступление России в области информационной безопасности. 2018. Доступ: <https://mgimo.ru/about/news/experts/diplomaticheskoe-nastuplenie-rossii-v-oblasti-informatsionnoy-bezopasnosti/> (дата обращения: 12.11.2020).

Выступление Министра иностранных дел Российской Федерации С.В. Лаврова в связи с заявлением Президента Российской Федерации В.В. Путина по международной информационной безопасности, Москва, 25.09.2020 [Электронный ресурс Официальный сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации]. Доступ: [https://www.mid.ru/foreign\\_policy/news/-/asset\\_publisher/ckNonkJE02Bw/content/id/4350560](https://www.mid.ru/foreign_policy/news/-/asset_publisher/ckNonkJE02Bw/content/id/4350560) (дата обращения: 12.11.2020).

<sup>11</sup> Резолюция Совета Безопасности ООН 1373 (2001), принятая на его 4385-м заседании 28 сентября 2001 г. – Документ ООН S/RES/1373 (2001); [https://undocs.org/ru/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/ru/S/RES/1373(2001)); Резолюция Совета Безопасности ООН 1624 (2005), принятая Советом Безопасности на его 5261-м заседании 14 сентября 2005 г. – Документ ООН S/RES/1624 (2005); Резолюция 2129 (2013), принятая Советом Безопасности на его 7086-м заседании 17 декабря 2013 г. – Документ ООН S/RES/2129 (2013); Резолюция 2178 (2014), принятая Советом Безопасности на его 7272-м заседании 24 сентября 2014 г. – Документ ООН S/RES/2178 (2014).

<sup>12</sup> «Угрозы международному миру и безопасности, создаваемые террористическими актами» (S/RES/2199; S/RES/2249; S/RES/2253; S/RES/2255). – Документы ООН. Доступ: <https://www.un.org/securitycouncil/ru/content/resolutions-adopted-security-council-2015> (дата обращения: 04.09.2020).

говорится об обязанности государств замораживать средства, финансовые активы лиц и соответствующих организаций, которые совершают террористические акты; о том, что государства должны обеспечить, чтобы такие физические лица привлекались к судебной ответственности, а во внутреннем законодательстве – такие террористические акты квалифицировались бы как серьезные уголовные правонарушения. Резолюции с таким же титулом принимались в 2016-2017 гг. и в 2019 г. Ни в одной из них не фигурирует термин «информационный терроризм».

Помимо *нормативной* стороны в деятельности ООН, касающейся противодействия международным преступлениям в информационном пространстве в террористических целях, следует видеть и *институционально-организационную* сторону. Так, в соответствии с Резолюцией Совета Безопасности S/RES/1373 (2001) был учрежден Контртеррористический комитет Совета Безопасности, работу которого направляет Исполнительный директорат<sup>13</sup>.

Резолюция была принята на основании главы VII Устава ООН и обязательна для государств – членов ООН. В частности, государства-члены должны:

- ввести уголовную ответственность за финансирование терроризма;
- безотлагательно заблокировать все средства, имеющие отношение к лицам, причастным к актам терроризма;
- не предоставлять ни в какой форме финансовую поддержку террористическим группам;
- запретить предоставление террористам убежища, любых средств или поддержки;
- обмениваться с правительствами других государств информацией о всех группах, осуществляющих или планирующих террористические акты;
- сотрудничать с правительствами других государств в расследовании деятельности, обнаружении, аресте, экстрадиции и уголовном преследовании тех, кто причастен к подобным актам;

– ввести в национальном законодательстве уголовную ответственность за активное и пассивное содействие терроризму и предавать нарушителей суду;

– осуществлять эффективные меры пограничного контроля.

При необходимости все это можно экстраполировать на случаи «преступлений в информационном пространстве в террористических целях». Или еще шире – на все случаи использования информационно-коммуникационных технологий в преступных целях, только, может быть, не в качестве «обязанности», а в качестве «права» государства, реагирующего на информационную агрессию. Из подобных «россыпей» идей и положений постепенно складывается (будет складываться) нормативный массив деклараций и/или конвенций, посвященных противодействию международным преступлениям в информационной сфере.

Резолюцией ГА ООН A/RES/71/291 (2017)<sup>14</sup> учреждено Контртеррористическое управление, которое вобрало в себя полномочия и функции предыдущих структур по осуществлению контртеррористических мероприятий; в состав Управления вошел Контртеррористический центр ООН.

В декабре 2018 г. для сбалансированного осуществления всех частей Глобальной контртеррористической стратегии ООН была создана структура, названная «Глобальным договором ООН по координации контртеррористической деятельности». Участниками Глобального договора стали около 40 подразделений системы ООН, а также Интерпол и Всемирная таможенная организация. Контролирует работу Глобального договора Координационный комитет под председательством заместителя Генерального секретаря ООН и главы Контртеррористического управления. Для связи между структурами Глобального договора создана защищенная онлайн-платформа-портал.

Генеральный секретарь ООН делает регулярные обзоры и доклады<sup>15</sup>, касающиеся реализации

<sup>13</sup> Резолюция Совета Безопасности ООН 1373 (2001), принятая на его 4385-м заседании 28 сентября 2001 г. – Документ ООН S/RES/1373 (2001). Доступ: [https://undocs.org/ru/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/ru/S/RES/1373(2001)) (дата обращения: 04.09.2020) Контртеррористический комитет и его Исполнительный директорат. Доступ: <https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2015/09/CTED-press-kit-2016-RUSSIAN.pdf> (дата обращения: 04.09.2020).

<sup>14</sup> Укрепление потенциала системы Организации Объединенных Наций по оказанию государствам-членам поддержки в осуществлении Глобальной контртеррористической стратегии Организации Объединенных Наций 2017 г., принятой Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 15 июня 2017 г. № 71/291. – Документ ООН A/RES/71/291. <https://undocs.org/ru/A/RES/71/291> (дата обращения 04.09.2020г.).

<sup>15</sup> Варианты методов оценки воздействия и хода осуществления Глобальной контртеррористической стратегии Организации Объединенных Наций системой Организации Объединенных Наций/ Доклад Генерального секретаря от

Глобальной контртеррористической стратегии и вопросов, связанных с ней. В рамках и под эгидой ООН проводятся разного рода международные мероприятия, конференции: в 2012 г. Целевая группа по осуществлению контртеррористических мероприятий совместно с Управлением ООН по наркотикам и преступности (UNIDOC) выпустила руководство «Использование интернета в террористических целях»<sup>16</sup>; в июле 2015 г. Контртеррористический комитет Совета Безопасности провел специальное совещание с участием государств-членов и соответствующих международных организаций («Мадридское совещание»)<sup>17</sup>; в июне 2018 г. прошла Конференция высокого уровня ООН с участием руководителей контртеррористических ведомств государств-членов.

В связи с этим рождается такое соображение: почему бы дипломатам и специалистам заинтересованных стран постепенно не вести дело к тому, чтобы содержанием деятельности всех названных институциональных органов контртеррористической направленности в ООН (или иных органов/структур) была бы не только борьба с известными мировыми очагами терроризма, но и более отчетливое противодействие практике международных преступлений в информационном пространстве в террористических целях? Возможно, стоит инициировать создание подразделения, которое занималось бы всей проблематикой борьбы с преступлениями экстремистской направленности и уже в этих рамках – организованным противодействием использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях.

### **О российском проекте конвенции ООН по борьбе с киберпреступностью**

Россия занимает в ООН активную позицию в том, что касается борьбы с терроризмом и с пре-

ступлениями в *информационном* пространстве в *террористических* целях, а в более широком плане – с использованием информационно-коммуникационных технологий в *преступных* целях.

В 2011 г. Россия представила в ООН проект Конвенции «Об обеспечении международной информационной безопасности», нацеленный на борьбу с кибертерроризмом, кибермошенничеством и предотвращение конфликтов в киберпространстве<sup>18</sup>.

В 2017 г. Министерство связи и массовых коммуникаций РФ разработало проект конвенции ООН по безопасному интернету, учитывающий положения Доктрины информационной безопасности РФ (2016). Проект явился ответом на Будапештскую конвенцию Совета Европы о компьютерных преступлениях (2001), которая во многом устарела: она предусматривает менее десятка составов преступлений, а их на сегодня насчитывается порядка тридцати, считая и кибертерроризм. В российской концепции речь идет о том, чтобы интернет стал частью цифровой экономики, а управление им осуществлялось открыто и демократически всеми государствами на равноправной основе и в соответствии с нормами международного права. Россия стремится закрепить юридически принцип полного контроля государств над их национальными сегментами интернета. Многие положения проекта вошли впоследствии в документы ОДКБ, СНГ, ШОС. Проект был представлен в рамках БРИКС и нашел отражение в одной из деклараций БРИКС [Туронок 2011; Литвинова 2020].

В 2018 г. Генеральная ассамблея ООН приняла Резолюцию «Достижения в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности», содержащую Кодекс ответственного поведения государств в интернете. Проект Резолюции был представлен Российской Федерацией совместно со странами Шанхайской Организации Сотрудничества. Несмотря на ре-

8 мая 2019 г. – Документ ООН A/73/866. Доступ: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/73/866> (дата обращения 01.09.2020).

<sup>16</sup> Использование интернета в террористических целях. – Руководство ООН / Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. – Доступ: [https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Use\\_of\\_Internet\\_for\\_Terrorist\\_Purposes/Use\\_of\\_the\\_internet\\_for\\_terrorist\\_purposes\\_Russian.pdf](https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Use_of_Internet_for_Terrorist_Purposes/Use_of_the_internet_for_terrorist_purposes_Russian.pdf) (дата обращения 03.09.2020).

<sup>17</sup> Руководящие принципы в отношении иностранных боевиков-террористов по итогам состоявшегося в Мадриде 27-28 июля 2015 г. специального совещания. – Письмо Председателя Комитета Совета Безопасности, учрежденного резолюцией 1373 (2001) о борьбе с терроризмом, от 15 декабря 2015 года, на имя Председателя Совета Безопасности. – Документ ООН S/2015/939. Доступ: [https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2016/01/N1544887\\_RU.pdf](https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2016/01/N1544887_RU.pdf) (дата обращения 04.09.2020).

<sup>18</sup> Конвенция об обеспечении международной информационной безопасности (концепция) от 22.09.2011 г. /Министерство иностранных дел Российской Федерации, официальный сайт. Доступ: [https://www.mid.ru/foreign\\_policy/official\\_documents/-/asset\\_publisher/CptlCk6BZ29/content/id/191666](https://www.mid.ru/foreign_policy/official_documents/-/asset_publisher/CptlCk6BZ29/content/id/191666) (дата обращения: 03.09.2020).

комендательный характер данного документа, закрепляемые в нем положения задают общий вектор для разработки универсальной международной конвенции по информационной безопасности. Стоит отметить, что Россия добивалась принятия документа с 1998 г., но активное сопротивление со стороны США и западных коллег фактически препятствовало положительному исходу. Впрочем, консенсус так и не был достигнут, поскольку США и страны Запада выдвинули контррезолюцию с альтернативным сценарием развития международного сотрудничества в данной области [Степанов 2020]<sup>19</sup>.

В 2019 г., как было указано выше, Генеральная Ассамблея приняла Резолюцию о борьбе с киберпреступностью, инициированную Россией и рядом государств. В 2021 г., как ожидается, начнется работа над будущей конвенцией. Задача осложняется тем, что западные страны преобладают в глобальном информационном пространстве, а США контролируют мировую сеть интернета. Это объясняет те различия в алгоритмах поведения государств и их средств массовой информации, которые наблюдаются при любом крупном событии в любой стране. Запад будет стремиться сохранить свое преимущество в «информационной силе» и продолжит применять ее для достижения геополитических целей, противоречащих международному праву, в частности для вмешательства во внутренние дела других государств и подрыва их публичного порядка.

Нет сомнений, что в проекте будущей конвенции должны быть отражены, судя по текстам указанных выше резолюций и материалов, следующие нормы и принципы, обеспечивающие противодействие киберпреступности в глобальном масштабе:

- признание единства и неделимости глобального информационного пространства, поскольку это общее достояние человечества;
- государства не должны добиваться господства над глобальным информационным пространством;
- информационное пространство государств не должно быть объектом применения информационной силы и вмешательства во внутренние дела;
- государство отвечает за содержание и безопасность своего информационного пространства;

– государства имеют право на защиту своего информационного пространства, информационного суверенитета от вмешательства других государств;

– государства вправе размещать свои информационные средства на территории других государств только на основе добровольных и равноправных договоров;

– государства вправе устанавливать нормы регулирования подконтрольного им сегмента информационного пространства внутренними правовыми актами в соответствии с принципами международного права и взятыми на себя международными обязательствами;

– государство вправе искать и находить баланс между обеспечением (как в глобальном, так и в своем информационном пространстве) соблюдения основных прав и свобод человека и гражданина, с одной стороны, и необходимостью противодействия использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях, с другой стороны;

– государство вправе ограничивать контент в информационном пространстве, закрывать сайты и при необходимости отключать подконтрольный сегмент интернета в целях противодействия вмешательству во внутренние дела со стороны другого государства и в рамках борьбы с использованием информационно-коммуникационных технологий в преступных целях;

– государства осуществляют международное сотрудничество в деле унификации, гармонизации внутренних норм, касающихся противодействия международным преступлениям в информационном пространстве в *террористических* целях (а в более широком плане – противодействия использованию информационно-коммуникационных технологий в *преступных* целях) [Darrel C. Menthe 1998; Heim M. 1993; Петухов 2008].

Для развития этих и некоторых иных положений, ставших частью международного правосознания общественности многих стран, можно предложить еще несколько идей, которые, возможно, найдут отражение в тексте будущих конвенций по проблематике противодействия использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях:

<sup>19</sup> Резолюция «Достижения в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности 2018 г.», принятая Генеральной Ассамблеей ООН 5 декабря 2018 г. № 73/27. – Документ ООН A/RES/73/27. Доступ: <https://undocs.org/ru/A/RES/73/27> (дата обращения 04.09.2020).



– признать в качестве критически важных объектов инфраструктуры – по аналогии с таким же термином в борьбе с терроризмом<sup>20</sup> – органы власти, управления, силовые ведомства, поддерживающие порядок, крупные государственные информационные центры – СМИ, телевидение. В 2018 г. возглавляемая Интерполом Целевая группа по осуществлению контртеррористических мероприятий приняла Сборник передового опыта по защите критически важных объектов инфраструктуры от террористических атак<sup>21</sup>. От идей и положений этого Сборника можно было бы отталкиваться применительно к «критически важным объектам информационной инфраструктуры». В случае «информационной агрессии» они подлежат особо жесткой защите, что должно быть оформлено нормами внутреннего права (возможно, в рамках противодействия как терроризму, так и экстремизму), а также нормами договорного международного права, например на региональном уровне;

– государства должны стремиться к недопущению и устранению в компьютерных программах «онлайновых темных и серых зон», которые могут быть использованы при организации и осуществлении международных преступлений и преступлений международного характера;

– государства вправе запрещать сбор персональных данных на своей территории (в своем информационном пространстве) госструктурами и частными информационными операторами других стран; государства не будут осуществлять сбор персональных данных в других странах с использованием национальной государственной инфраструктуры;

– при современном состоянии договорных правоотношений, касающихся противодействия использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях, государства вправе самостоятельно констатировать/квалифицировать факты информационной агрессии или применения двойных стандартов,

а также принимать самые жесткие меры в соответствии с внутренним правом (вплоть до ограничения деятельности СМИ, прекращения регистрации неправительственных, некоммерческих организаций, управляемых извне, несущих антигосударственную пропаганду, распространяющих инструкции по дезорганизации общественной жизни);

– следует скорректировать некоторые внутренние материальные и процессуальные нормы, например, возможность признать допустимыми доказательства, собранные с помощью информационно-коммуникационных технологий и социальных сетей; также необходимо внести в уголовные и административные кодексы все составы правонарушений, касающиеся информационных технологий, не забывая и о правонарушениях против отдельных граждан (вымогательство, шантаж и т.п.);

– следует создавать международные организации (в том числе межведомственные, частные профессиональные), которые могли бы осуществлять совместные расследования, вести базы данных, обмениваться доказательствами, отслеживать зачинщиков и подстрекателей, включая тех, кто бежал за рубеж; применять скоординированные меры на территории заинтересованных государств;

– можно и целесообразно использовать метод аналогии при разработке норм, касающихся противодействия использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях: формулировать новые нормы, отталкиваясь от аналогичных, создававшихся применительно к международному терроризму и международному экстремизму;

– возможно, следовало бы проработать вопрос о начале работы над проектом конвенции против экстремизма в информационном пространстве, или же необходимо усиление этой составляющей в предложенном Россией проекте конвенции о международной информационной безопасности.

<sup>20</sup> Резолюция Совета Безопасности ООН 2341 (2017), принятая на его 7882-м заседании 13 февраля 2017 г. – Документ ООН S/RES/2341 (2017). Доступ: [https://undocs.org/ru/S/RES/2341\(2017\)](https://undocs.org/ru/S/RES/2341(2017)) (дата обращения: 04.09.2020)

<sup>21</sup> Защита критически важных объектов инфраструктур от террористических атак: сборник передового опыта. – Руководство ООН/ Контртеррористическое управление ООН (КТУ ООН) Исполнительный директорат Контртеррористического комитета Совета Безопасности ООН (ИДК ТК) 2018. Доступ: <https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/07/RUS-compendium-final.pdf> (дата обращения 03.09.2020)

В сборнике содержатся рекомендации для государств-членов. Несмотря на теоретический характер источника, нельзя не отметить его ключевое значение в обобщении существующих практических стратегий, разрабатываемых и реализуемых государствами в сфере защиты критически важных объектов инфраструктуры от террористических атак и предотвращения актов кибертерроризма.

### Заключение и выводы

Как видим, сотрудничество государств в информационном пространстве, и в частности, в противодействии преступлениям террористической, экстремистской направленности (а шире – использованию информационно-коммуникационных технологий в преступных целях), расширяется и развивается, испытывая при этом серьезные противоречия. Угрозы в информационном пространстве нарастают – как на глобальном, так и на региональном уровнях. Можно было бы наряду с термином «информационное пространство» использовать термины: «киберпространство», «цифровое пространство».

Основная работа по формированию общей позиции государств в том, что касается международно-правового регулирования информационной сферы, сосредоточилась в рамках ООН и ее структур. ООН здесь играет центральную, координирующую роль. До настоящего времени в разработке нормативного массива на этом на-

правлении преобладали нормы мягкого права. Вместе с тем следует обратить внимание на нормы актов Совета Безопасности ООН, носящие обязательный характер, а также на факт постепенной трансформации ряда рекомендательных норм резолюций ГА ООН в зачатки международно-правовых обычаев, получающих подкрепление в нормах внутреннего права государств и международных договорных нормах регионального уровня.

Кроме того, можно констатировать, что начался этап «переключения» в международном нормативном регулировании рассматриваемой проблематики с регулирования посредством преимущественно нормами мягкого права на регулирование посредством норм полноценных международных конвенций, тексты которых разрабатываются или подлежат разработке. Идет процесс формирования нового международно-правового института или даже подотрасли права.

### Список литературы

1. Борисов Д.А. 2018. Экстремизм и контртеррористическая повестка ООН в XXI веке. – *Мировая политика*. № 1. С. 48–57.
2. Бочарников И.В. 2013. Информационное противодействие терроризму в современных условиях. – *Электронный научный журнал проблем безопасности*. № 3 (21). С. 2–3. Доступ: <https://elibrary.ru/item.asp?id=21292041> (дата обращения: 25.09.2020).
3. Бураева Л.А. 2016. Информационный терроризм как угроза национальной безопасности Российской Федерации. – *Пробелы в российском законодательстве*. № 6. С. 139–141.
4. Бураева Л.А. 2017. Кибертерроризм как новая и наиболее опасная форма терроризма. – *Пробелы в российском законодательстве*. № 3. С. 35–37.
5. Дремлюга Р.И. 2017. Кибертерроризм в Китае: уголовно-правовые и криминологические аспекты. – *Всероссийский криминологический журнал*. № 3. С. 607–614.
6. Жаворонкова Т.В. 2015. Использование сети Интернет террористическими и экстремистскими организациями. – *Вестник Оренбургского государственного университета*. № 3 (178). С. 30–36.
7. Журавлев Д.А. 2009. Международный терроризм и СМИ: эволюция коммуникационного взаимодействия. – *Вестник РГГУ. Серия: политология, история, международные отношения. Зарубежное регионоведение, востоковедение*. № 14. С. 157–169.
8. Зиновьева Е.С. 2018. *Дипломатическое наступление России в области информационной безопасности*. – Официальный портал МГИМО. Доступ: <https://mgimo.ru/about/news/experts/diplomaticheskoe-nastuplenie-rossii-v-oblasti-informatsionnoy-bezopasnosti/> (дата обращения: 12.11.2020).
9. Капитонова Е.А. 2015. Особенности кибертерроризма как новой разновидности террористического акта. – *Известия ВУЗов. Поволжский регион. Общественные науки. Право*. № 2 (34). С. 29–41.
10. Литвинова Т.Н. 2020. Европейская и российская политики противодействия кибертерроризму (на примере борьбы с «кибер-джихадом»). – *Национальная безопасность*. № 3. С. 32–47. Доступ: <https://elibrary.ru/item.asp?id=43863837> (дата обращения: 04.09.2020).
11. Лукацкий А.В. 2015. Кибербезопасность ядерных объектов. – *Индекс безопасности*. № 4 (115). С. 117–130.
12. Петухов В.Б. 2008. Интернет и «информационный терроризм». – *Россия и мусульманский мир*. № 5. С. 176–190.
13. Роговский Е.А. 2007. Россия в борьбе с международным терроризмом: грани повышения позитивного образа страны. – *Россия и Америка в XXI веке. Электронный научный журнал*. № 3. Доступ: <http://www.rusus.ru/?act=read&id=66> (дата обращения: 01.09.2020).
14. Степанов О.А. 2020. *Противодействие кибертерроризму в цифровую эпоху. Монография*. М.: Юрайт. 104 с.
15. Тропина Т.Л. 2012. Киберпреступность как новая криминальная угроза. – *Криминология: вчера, сегодня, завтра*. № 1 (24). С. 45–55.
16. Туронок С.Г. 2011. Информационный терроризм: разработка стратегии противодействия. – *Общественные науки и современность*. № 4. С. 131–140.
17. Шхагапсоев З.Л. 2018. Об актуальных вопросах международного сотрудничества в противодействии проявлениям экстремизма и терроризма в Интернет-пространстве. – *Пробелы в российском законодательстве*. № 5. Доступ: <https://cyberleninka.ru/article/n/ob-aktualnyh-voprosah-mezhdunarodnogo-sotrudnichestva-v-protivodeystvii-proyavleniyam-ekstremizma-i-terrorizma-v-internet> (дата обращения: 03.09.2020).

18. Banks W. 2017. State Responsibility and Attribution of Cyber Intrusions After Tallinn 2.0. – *Texas Law Review*. Vol 95 (7). P. 1487–1513. URL: <https://texaslawreview.org/state-responsibility-attribution-cyber-intrusions-tallinn-2-0/> (accessed: 02.09.2020).
19. Choi K., Lee C.S. 2018. The Present and Future of Cybercrime, Cyberterrorism and Cybersecurity. – *International Journal of Cybersecurity Intelligence and Cybercrime*. P. 1–4. URL: [https://www.researchgate.net/publication/328433593\\_The\\_Present\\_and\\_Future\\_of\\_Cybercrime\\_Cyberterrorism\\_and\\_Cybersecurity](https://www.researchgate.net/publication/328433593_The_Present_and_Future_of_Cybercrime_Cyberterrorism_and_Cybersecurity) (accessed: 20.09.2020).
20. Darrel C. Menche. 1998. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces. – *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=mttlr> (accessed: 02.09.2020).
21. Denning Dorothy E. 2004. Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy. Georgetown University // Активизм, хактивизм и кибертерроризм: Интернет как средство воздействия на внешнюю политику / перевод Т.Л. Тропиной/ Владивостокский центр исследования организованной преступности. – Владивосток. URL: <https://avtonom.org/pub/hacktivism.html> (accessed: 05.09.2020)
22. Denning Dorothy E. 2015. *The Rise of Hacktivism*. – *Georgetown Journal of International Affairs*. Vol. 16 (1). URL: <http://journal.georgetown.edu/the-rise-of-hacktivism/> (accessed: 05.09.2020)
23. He Qinglian. 2005. The hijacked potential of China's Internet. – *Special book preview*. Vol. 2. Issue 2. P. 31–47.
24. Heim M. 1993. *The metaphysics of virtual reality*. Oxford University Press: New York. 175 p.
25. Huey L., Winter E. 2016. #IS\_Fangirl: Exploring a New Role for Women in Terrorism. – *Journal of Terrorism Research*. Vol. 7(1). URL: [https://www.researchgate.net/profile/Laura\\_Huey](https://www.researchgate.net/profile/Laura_Huey) (accessed: 01.09.2020).
26. Lee J., Macdonald S. 2015. What Is Cyberterrorism? Findings from a Survey of Researchers. – *Terrorism and Political Violence*. Vol. 27 (4). P. 657–678.
27. Klein A.G. 2015. Vigilante Media: Unveiling Anonymous and the Hacktivist Persona in the Global Press. – *Communication Monographs*. Vol. 82 (3). P. 379–401.
28. Lee S. 2005. Strickland Information and the War Against Terrorism. – *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*. Vol. 28(2). P. 12–17.
29. Lessig L. 1998. The laws of Cyberspace. Draft. 16 p. URL: [http://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws\\_cyberspace.pdf](http://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf) (accessed: 02.09.2020)
30. Morgan S. 2018. Fake news, disinformation, manipulation and online tactics to undermine democracy. – *Journal of Cyber Policy*. Vol. 3(1). P. 39–43.
31. Popham J.F. 2018. Microdeviation: Observations on the Significance of Lesser Harms in Shaping the Nature of Cyberspace. – *Deviant Behavior*. Vol. 29 (2). P. 159–169.
32. izmu v sovremennykh usloviyakh. [Information counteraction to terrorism in modern conditions]. – *Elektronnyi nauchnyi zhurnal problem bezopasnosti [Electronic scientific journal of security problems]*. 2013. No. 3 (21). P. 2–3. URL: <https://elibrary.ru/item.asp?id=21292041> (accessed: 25.09.2020) (in Russ.).
33. Buraeva L.A. Informatsionnyi terrorizm kak ugroza natsional'noi bezopasnosti Rossiiskoi Federatsii [Information terrorism as a threat to the national security of the Russian Federation]. – *Probely v rossiiskom zakonodatel'stve [Gaps in Russian legislation]*. 2016. No. 6. P. 139–141 (in Russ.).
34. Buraeva L.A. Kiberterrorizm kak novaya i naibolee opasnaya forma terrorizma [Cyberterrorism as a new and most dangerous form of terrorism]. *Probely v rossiiskom zakonodatel'stve [The gaps in the Russian legislation]*. 2017. No. 3. P. 35–37 (in Russ.).
35. Dremlyuga R.I. Kiberterrorizm v Kitae: ugolovno-pravovye i kriminologicheskie aspekty. – [Cyberterrorism in China: criminal law and criminological aspects]. – *Vs'erossiiskii kriminologicheskii zhurnal [Russian Journal of Criminology]*. 2017. No. 3. P. 607–614. (in Russ.)
36. Zhavoronkova T.V. Ispol'zovanie seti Internet terroristicheskimi i ekstremistskimi organizatsiyami [Use of the Internet by terrorist and extremist organizations]. – *Vestnik Orenburgskogo gosudarstvennogo universiteta [Bulletin of the Orenburg State University]*. 2015. No. 3 (178). P. 30–36. (in Russ.)
37. Zhuravlev D.A. Mezhdunarodnyi terrorizm i SMI: evolyutsiya kommunikatsionnogo vzaimodeistviya [International terrorism and the media: the evolution of communication interaction]. – *Vestnik RGGU. Seriya: politologiya, istoriya, mezhdunarodnye otnosheniya. Zarubezhnoe regionovedenie, vostokovedenie [RSUH Bulletin. Series: political science, history, international relations. Foreign regional studies, Oriental studies]*. 2009. No. 14. P. 157–169 (in Russ.)
38. Zinov'eva E.S. *Diplomaticheskoe nastuplenie Rossii v oblasti informatsionnoi bezopasnosti*. [Russia's diplomatic offensive in the field of information security]. – MGI-MO web-site. 2018. URL: <https://mgimo.ru/about/news/experts/diplomaticheskoe-nastuplenie-rossii-v-oblasti-informatsionnoy-bezopasnosti/> (accessed: 12.09.2020) (in Russ.)
39. Kapitonova E.A. Osobennosti kiberterrorizma kak novoi raznovidnosti terroristicheskogo akta [Features of cyberterrorism as a new type of terrorist act]. – *Izvestiya VUZov. Povolzhskii region. Obshchestvennyye nauki. [Proceedings of the Universities of the Volga region. Social Sciences. Law]*. 2015. No. 2 (34). (in Russ.)
40. Litvinova T.N. Evropeiskaya i rossiiskaya politiki protivodeistviya kiberterrorizmu (na primere bor'by s «kiber-dzhikhodom»). [European and Russian policies to counter cyberterrorism (on the example of the fight against «cyber-Jihad»)]. – *Natsional'naya bezopasnost' [National security]*. 2020. No. 3. P. 32–47. URL: <https://elibrary.ru/item.asp?id=43863837> (accessed: 04.09.2020) (in Russ.)
41. Lukatskii A.V. Kiberbezopasnost' yadernykh ob'ektov [Cybersecurity of nuclear facilities]. – *Indeks bezopasnosti [Security index]*. 2015. No. 4 (115). P. 117–130 (in Russ.)
42. Petukhov V.B. Internet i «Informatsionnyi terrorizm» [Internet and «Information terrorism»]. – *Rossiya i musul'manskii mir [Russia and the Muslim world]*. 2008. No. 5. P. 176–190 (in Russ.)

## References

1. Borisov D.A. Ekstremizm i kontrterroristicheskaya povestka OON v XXI veke [Extremism and the UN counterterrorism agenda in the 21st century]. – *Mirovaya politika [World policy]*. 2018. No. 1. P. 48–57. (in Russ.).
2. Bocharnikov I.V. Informatsionnoe protivodeistvie terror-

13. Rogovskij E.A. Rossiya v bor'be s mezhdunarodnym terrorizmom: grani povysheniya pozitivnogo obraza strany [Russia in the fight against international terrorism: the facets of raising the positive image of the country]. – *Rossiya i Amerika v XXI veke. – Elektronnyi nauchnyi zhurnal [Russia and America in the XXI century. – Electronic scientific journal]*. 2007. No. 3. URL: <http://www.rusus.ru/?act=read&id=66> (accessed: 01.09.2020) (in Russ.)
14. Stepanov O.A. *Protivodeistvie kiberterrorizmu v tsifrovuyu epokhu. Monografiya [Countering cyberterrorism in the digital age. Monograph]*. M.: Yurait Publ. 2020. 104 p. (in Russ.);
15. Tropina T.L. Kiberprestupnost' kak novaya kriminal'naya ugroza [Cybercrime as a new criminal threat]. – *Kriminologiya: vchera, segodnya, zavtra [Criminology: yesterday, today, tomorrow]*. 2012. No. 1 (24). P. 45–55. (in Russ.)
16. Turonok S.G. Informatsionnyi terrorizm: vyrabotka strategii protivodeistviya sovremennost' [Information terrorism: development of a counteraction strategy]. – *Obshchestvennyye nauki i sovremennost' [Social Sciences and modernity]*. 2011. No. 4. P. 131–140 (in Russ.)
17. Shkhagapsoev Z.L. Ob aktual'nykh voprosakh mezhdunarodnogo sotrudnichestva v protivodeistvii proyavleniyam ekstremizma i terrorizma v Internet-prostranstve [On topical issues of international cooperation in countering the manifestations of extremism and terrorism in the Internet space]. – *Probely v rossiiskom zakonodatel'stve [The gaps in the Russian legislation]*. 2018. No. 5. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/ob-aktualnykh-voprosakh-mezhdunarodnogo-sotrudnichestva-v-protivodeystvii-proyavleniyam-ekstremizma-i-terrorizma-v-internet> (accessed: 03.09.2020) (in Russ.)
18. Banks W. State Responsibility and Attribution of Cyber Intrusions After Tallinn 2.0. – *Texas Law Review*. 2017. Vol. 95 (7). P. 1487–1513. URL: <https://texaslawreview.org/state-responsibility-attribution-cyber-intrusions-tallinn-2-0/> (accessed: 02.09.2020)
19. Choi K., Lee C.S. The Present and Future of Cybercrime, Cyberterrorism and Cybersecurity. – *International Journal of Cybersecurity Intelligence and Cybercrime*. 2018. P. 1–4. URL: [https://www.researchgate.net/publication/328433593\\_The\\_Present\\_and\\_Future\\_of\\_Cybercrime\\_Cyberterrorism\\_and\\_Cybersecurity](https://www.researchgate.net/publication/328433593_The_Present_and_Future_of_Cybercrime_Cyberterrorism_and_Cybersecurity) (accessed: 20.09.2020).
20. Darrel C. Menthe. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces. – n *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*. 1998. URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=mttlr> (accessed: 02.09.2020).
21. Denning Dorothy E. Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy. Georgetown University // Активизм, хактивизм и кибертерроризм: Интернет как средство воздействия на внешнюю политику / перевод Т.Л. Тропиной/ Владивостокский центр исследования организованной преступности. – Владивосток. 2004. URL: <https://avtonom.org/pub/hacktivism.html> (accessed: 05.09.2020).
22. Denning Dorothy E. The Rise of Hacktivism. – *Georgetown Journal of International Affairs*. 2015. Vol. 16 (1). URL: <http://journal.georgetown.edu/the-rise-of-hacktivism/> (accessed: 05.09.2020).
23. He Qinglian. The hijacked potential of China's Internet. – *Special book preview*. 2005. Vol. 2. Issue 2. P. 31–47.
24. Heim M. *The metaphysics of virtual reality*. Oxford University Press: New York. 1993. 175 p.
25. Huey L., Winter E. #IS\_Fangirl: Exploring a New Role for Women in Terrorism. – *Journal of Terrorism Research*. 2016. Vol. 7(1). URL: [https://www.researchgate.net/profile/Laura\\_Huey](https://www.researchgate.net/profile/Laura_Huey) (accessed: 01.09.2020).
26. Lee J., Macdonald S. What Is Cyberterrorism? Findings from a Survey of Researchers. – *Terrorism and Political Violence*. 2015. Vol. 27 (4). P. 657–678.
27. Klein A.G. Vigilante Media: Unveiling Anonymous and the Hacktivist Persona in the Global Press. – *Communication Monographs*. 2015. Vol. 82 (3). P. 379–401.
28. Lee S. Strickland Information and the War Against Terrorism. – *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology*. 2005. Vol. 28(2). P. 12–17.
29. Lessig L. The laws of Cyberspace. Draft. 1998. 16 p. URL: [http://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws\\_cyberspace.pdf](http://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf) (accessed: 02.09.2020).
30. Morgan S. Fake news, disinformation, manipulation and online tactics to undermine democracy. – *Journal of Cyber Policy*. 2018. Vol. 3(1). P. 39–43.
31. Popham J.F. Microdeviation: Observations on the Significance of Lesser Harms in Shaping the Nature of Cyberspace. – *Deviant Behavior*. 2018. Vol. 29 (2). P. 159–169.

#### Информация об авторах

##### Владимир Михайлович Шумилов,

Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор кафедры международного права, Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации

119285, Российская Федерация, г. Москва, ул. Пудовкина, д. 6А.

VShumilov@vavt.ru  
ORCID: 0000-0002-5247-6284

#### About the Authors

##### Vladimir M. Shumilov,

Honoured Lawyer of the Russian Federation, Doctor of laws, Professor, at the Department of International Law, the All-Russian Academy of Foreign Trade of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation

6A, Pudovkin str., Moscow, Russian Federation, 119285

VShumilov@vavt.ru  
ORCID: 0000-0002-5247-6284



**Ляйсян Маратовна Крайнюкова,**

Аспирант, ассистент кафедры международного права,  
Астраханский государственный университет

414056, Российская Федерация, г. Астрахань, ул. Татище-  
ва, 20А

5leska5@mail.ru

ORCID: 0000-0002-4411-6510

**Lyasyan M. Krajnyukova,**

Postgraduate, Assistant at the Department of International  
Law, Astrakhan State University

20A, Tatishcheva str., Astrakhan, Russian Federation, 414056

5leska5@mail.ru

ORCID: 0000-0002-4411-6510

## ПРАВО И ПОЛИТИКА

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-38-63>

Исследовательская статья  
Поступила в редакцию: 10.09.2020  
Принята к публикации: 22.12.2020

**Алексей Александрович КЛИШИН**

Межтерриториальная коллегия адвокатов «Клишин и Партнеры»

Мясницкая ул., д. 24/7, Москва, 101000, Российская Федерация

office@klishin.ru

ORCID: 0000-0001-7968-4035

# ПОЛИТИКО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЭВОЛЮЦИИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВ

**ВВЕДЕНИЕ.** Современное состояние международных отношений характеризуется наличием элементов, отражающих нарастающие противоречия как между странами, формирующими систему мирового порядка, так и между ними и теми международными объединениями, которые призваны регламентировать, а зачастую и управлять процессами взаимодействия субъектов международных отношений. Совокупность отмеченных противоречий, их острота и сложность разрешения определяют то явление, которое специалисты, изучающие природу и развитие межнациональных связей, называют кризисом.

В предлагаемой вниманию читателей статье проводится анализ взглядов правоведов на объективные потребности развития правового регулирования международной жизни, оцениваются перспективы и новые формы такого регулирования, а также юридические инструменты, которые используются государствами для защиты своих национальных интересов в случаях посягательства на них со стороны других игроков – государств и их объединений.

Автор отмечает, что политическое, экономическое и правовое развитие системы международных отношений в последние десятилетия оказалось в устойчивой зависимости от объединительных процессов в рамках всего миропорядка, которые принято называть глобализацией. При этом

объективные предпосылки для гармоничного объединения и учета интересов всех стран в рамках намеченного процесса зачастую отсутствуют, а основными двигателями глобализационных усилий являются те субъекты международных отношений – государства, общественные организации, отдельные личности, которые получают от этих процессов наибольшую выгоду.

В результате на смену привычным и показавшим свою эффективность международно-правовым формам и договорным отношениям приходят идеи «мирового права», «наднационального права», имеющие в своей основе стремление провести «денационализацию» права, подчинив правовые системы отдельных суверенных государств воле международных институтов. Деятельность таких институтов, созданных во множестве в послевоенное время, носит все более административный характер, особенно когда им придаются властные, надзорные и тому подобные полномочия, а специфика национального правового порядка при этом игнорируется.

Отдельной проблемой в международном правовом развитии, как на уровне правовой доктрины, так и в плане практической деятельности международных административных и судебных органов, является стимулирование утраты самостоятельности государствами, так сказать, «национальной правовой идентичности» в пользу разного рода се-

тевых, суррогатных, лишенных какой-либо культурной специфики форм регулирования международных, прежде всего экономических, отношений.

Размывание привычных для развитых стран правовых норм, стандартов и правил накладывает отпечаток на общественное сознание, создавая объективные предпосылки для процветания правового нигилизма и отрицания гражданами необходимости следовать требованиям закона при одновременной настойчивой пропаганде таких не вполне работающих принципов, как «верховенство закона», «соблюдение прав граждан», «демократические основы общественного устройства» и т. п. Утрата западными странами и их ближайшими союзниками представлений о необходимости сохранения своегообразия и самостоятельности создававшихся веками правовых норм и институтов в пользу расширяющихся функций международных организаций и объединений, представляет собой, по мнению автора, историческое явление, характеризующее определенный этап развития мировой системы. Так же, как экономические и политические формы, право развивается циклично, неравномерно и не всегда логично с точки зрения исторического процесса. Возвращению права к своим традиционным, системным, понятным всем участникам общественных отношений основам нередко способствуют кризисы, подобные сегодняшнему. Когда к имеющимся вызовам и проблемам прибавляются объективные чрезвычайные обстоятельства, подобные вирусной атаке 2020 г., справиться с ними оказывается под силу не аморфным сетевым инструментам или не слишком справедливым и эффективным элементам «мирового правового порядка», а работающим государственным и правовым механизмам суверенных стран, способным обеспечить баланс правовых инструментов и административных рычагов управления в кризисных ситуациях.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** В исследовании используются системный и формально-юридический методы, с помощью которых, наряду с теоретическими работами ведущих российских и зарубежных обществоведов, анализируется значительный массив нормативного материала, судебных актов и источников, связанных с деятельностью международных организаций. Это позволяет проследить общие тенденции развития внутреннего российского права и международно-правовых институтов, нормативных актов и соответствующих правовых доктрин, показать их взаимозависимость и схожесть некоторых направлений развития.

Отдельно в статье исследуется проблема конфликтного взаимодействия национальных (в частности, российской) правовых систем и международных судебных органов. Показана очевидная зависимость деятельности международных судебных органов, основанной на соответствующих международных соглашениях и конвенциях, от политической обстановки в мире. Делается вывод о целесообразности ревизии основных положений принятых в разное время международных актов, регламентирующих порядок формирования и работы международных судебных органов, для обеспечения главенства российской конституции в случае конфликтов этих судебных решений с положениями российского основного закона.

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** В статье предложены результаты анализа проблемы государственного суверенитета и национальной юрисдикции на фоне усилий ведущих западных стран обеспечить преимущества своих правовых и судебных систем в процессе международного, прежде всего экономического, взаимодействия.

Представлены выводы относительно способов и форм конкуренции в сфере права, в ходе которой отдельные группы стран, сдерживая своих экономических соперников, навязывают такие методы регулирования экономической деятельности, которые обеспечивают преимущества одних экономик в ущерб другим. Одним из направлений подобной конкурентной практики автор считает широко развернутые антиофшорные мероприятия, реализуемые по инициативе американской и работающих в ее фарватере международных налоговых организаций, которые активно используются для подрыва авторитета крупных российских компаний и создания условий для глобального преследования российских бизнесменов и государственных чиновников.

**ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ.** По итогам рассмотрения новых явлений в международно-правовой практике автор пришел к заключению о необходимости повышения эффективности правовых инструментов защиты российских национальных интересов, в том числе интересов частного российского бизнеса от разного рода злоупотреблений и дискриминационных действий, которые допускают иностранные правоохранительные и судебные органы. На примере американских доктрин «права длинной руки» и *Allien Torts Statute* показана практика применения принципа «экстерриториальной юрисдикции», активно используемого в американской судебной практике вопреки устоявшимся, закрепленным в соответствующих международных

соглашениях принципам и правилам исполнения решений национальных судов. Сделан вывод о возрастающем влиянии социальной и политической обстановки на развитие международно-правовых институтов и механизмов регулирования общественных процессов. Отмечена необходимость объединения усилий юристов, представляющих разные правовые школы и традиции, для сохранения за правом, как национальным, так и международным, роли основного общественного регулятора.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** международное право, национальная правовая система, общественный регулятор, открытый миропорядок, национальная

идентичность, наднациональное правовое регулирование, глобализация права, унификация правовых норм, центры силы, деофициализация, суверенитет, экстерриториальность, юрисдикция.

**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:** Клишин А.А. 2020. Политико-правовая характеристика эволюции деятельности государств. – *Московский журнал международного права*. №4. С. 38–63. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-38-63>

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

## LAW AND POLITICS

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-38-63>

**Alexey A. KLISHIN**

Klishin & Partners Attorneys at Law

24/7, ul. Myasnitckaya, Moscow, Russian Federation, 101000

office@klishin.ru

ORCID: 0000-0001-7968-4035

Research article  
Received September 10, 2020  
Approved December 22, 2020

# EVOLUTION OF THE ACTIVITIES OF STATES AS REFLECTED IN LEGAL AND POLITICAL TEACHINGS

**INTRODUCTION.** A specific feature of the current state of international relations is the existence of elements that reflect the growing antagonism between the leading countries that make up the world order, as well as between such countries and those international associations that are supposed to regulate and sometimes directly manage the cooperation among the subjects of international relations. The totality, the acuteness and the complexity of these antagonisms determine the phenomenon which is defined as a “crisis” by the experts who analyze the nature and the development of international relations.

The article below analyzes different opinions of legal experts in relation to the objective needs of legal regulation of international affairs expressed from the viewpoint of prospects and new forms of such regulation, as well as the legal instruments used by the countries

when faced with encroachment on them on the part of other players, i.e. states and their associations.

The author mentions the fact that the political, economic and legal development of the system of international relations in the last few decades has become sustainably dependent on the integration processes taking place within the framework of the world order in whole, i.e. on something commonly defined as the “globalization”, while the objective prerequisites for the harmonious integration with interests of all countries taken into account are often absent in the designated processes and the main drivers of globalization efforts are those subjects of international relations that get most of the benefits from these processes, such as states, public organizations, specific public figures.

As a result, the customary and efficient forms and contractual relations in international law are being re-



placed with the ideas of “global law” or “supranational law” based on the intent to implement the “denationalization” of law by way of submitting the legal systems of some sovereign states to the will of international institutions. The activities of such institutions established numerous in the post-war period are of increasingly administrative nature in cases when such organizations are vested with authoritative, supervisory or other similar powers whilst the specific features of national legal order are ignored.

A separate issue in the development of international law, both at the doctrinal level and in terms of practices of international administrative and judicial bodies, is the trend towards the stimulating of the loss of the so-called “national legal identity” in favor of various network-based, surrogate and culturally unspecific forms of regulating relationships, first and foremost economic ones.

The dilution of legal norms, standards and rules that are customary for the population of the developed countries makes a notable impact on the public conscience, creating the objective preconditions for a boom in “legal nihilism” and the public negation of the necessity to abide with the rules of law, all this going in parallel with such inadequately working principles as the “supremacy of law”, “observance of civil rights”, “democratic basis of social structure” etc.

In the opinion of the author, the fact that the Western countries and their closest allies have lost the perception of the necessity to preserve the distinction and the independence of the legal concepts and institutions created during the centuries of the world development and have made their choice in favor of the expansion of the functions of international organizations and associations is the historical phenomenon that characterizes a certain stage in the development of the world order. The creation of economic and political forms at this stage is followed by the development of law that is cyclical, uneven and not always logical from the viewpoint of historical process. The return of the law to its traditional, system-level basics that are clear to everyone taking part in the social relations is often facilitated by crises, such as the one in place today when the existing challenges and problems are complemented by the objective force majeure events like the virus attack in 2020 which the amorphous “network-based” instruments or not entirely just and efficient elements of the “international legal order” cannot cope with, as opposed to the active governmental and legal mechanisms of sovereign states capable of ensuring the balance of legal instruments and administrative levers of management in crisis situations.

**MATERIALS AND METHODS.** The methodology of the analysis is comprised of the system-based and formally jurisprudential methods that analyze not only

the theoretical works of the leading Russian and foreign scientists, but also a considerable bulk of legal standards, judicial acts and sources pertaining to the activities of international organizations. This allows to look upon the general trends in the development of Russian domestic law and international law institutions, statutory acts and relevant legal doctrines, as well as to demonstrate their interdependence and the similarity in some of the lines of their development.

The issue of conflict interaction of national (in particular, Russian) legal systems and the activities of international judicial bodies is discussed separately in the article. The obvious dependence of the activities of international judicial bodies based on the relevant international agreements and conventions on the political situation in the world is also shown in the article. A conclusion is drawn as to the advisability of revision of the key provisions of international acts adopted in different times and regulating the procedure for the formation and operation of international judicial bodies, such revision required so as to provide for the supremacy of the Russian Constitution in cases of conflicts between the court orders and the provisions of the fundamental law of Russia.

**RESEARCH RESULTS.** The article outlines the results of the analysis of the issue of state sovereignty and national jurisdiction from the viewpoint of the efforts taken by the leading Western countries with a view to ensure the advantages of their legal and judicial systems in the process of international, first and foremost, economic cooperation.

Conclusions are drawn in the article as to the ways and forms of competition in the sphere of law whereby the separate groups of countries, seeking to constrain its economic rivals, impose such ways of regulating the economic activities that give advantages to specific economies to the detriment of the others. One of the aspects of such competitive practice, as the author believes, is the set of anti-offshore measures extensively implemented at the initiative of the US tax agencies and the international tax agencies marching in their lockstep in order to undermine the reputation of major Russian companies and create the conditions for the worldwide persecution of Russian businessmen and government officials.

**DISCUSSION AND CONCLUSIONS.** Based on the examination of new phenomena in the international law practice, the author concludes that the efficiency of legal instruments aimed at the protection of Russian national interests, including those of the Russian private business, against various abuses and discriminatory acts on the part of foreign laws enforcement agencies and judicial bodies, must be enhanced. The application

*of the principle of "extraterritorial jurisdiction" intensively applied in the US courts is demonstrated by the examples of UD doctrines, such as "arm's length" and Alien Tort Statute that are actively used in the American judicial system contrary to the principles and rules of application of the decisions of national courts enshrined in the relevant international covenants.*

*A conclusion is drawn in respect of the growing influence of the social and political processes on the development of international law institutions and mechanisms for the regulation of public processes. As noted by the author, it is necessary to integrate the efforts of legal experts from different law schools and traditions in order to preserve the role of the main public regulator played by both national and international law.*

**KEYWORDS:** *international law, national legal system, public regulator, open world order, national identity, supranational legal regulation, globalization of law, unification of legal norms, centers of power, de-offshorization, sovereignty, extraterritorial jurisdiction*

**FOR CITATION:** Klishin A.A. Evolution of the Activities of States as Reflected in Legal and Political Teachings. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 4. P. 38–63. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-38-63>

*The author declares the absence of conflict of interests.*

## 1. Введение

Обширная отечественная международно-правовая литература, посвященная взаимоотношениям национального и международного права, обращает внимание прежде всего на общее и особенное в первом и втором и на характер связей между ними [Буткевич 1981:30–73]. В более поздних международно-правовых трудах корректно отмечено, что о взаимоотношениях национального и международного права можно говорить лишь условно; что на самом деле нет единого национального права, хотя есть целостное международное; что международное право взаимодействует с «национальными правовыми системами», которые между собой могут существенно различаться, но национальное право каждого государства (хоть и в разной степени) взаимодействует с международным правом; что международное право, в свою очередь, влияет на национальное право, «и это влияние постоянно возрастает (например, в части обеспечения основных прав человека, защиты окружающей среды» [Вылегжанин, Колосов 2017:19].

Разнонаправленность интересов отдельных государств, несовпадение этих интересов и всегда компромиссных коллективных мер стран естественны, если объективно посмотреть на разницу их экономического потенциала, культуры, национальной идеологии государств мира. Вместе с тем не новым является стремление групп государств со схожими мировоззренческими и идеологическими устремлениями объединиться, представить формирование единого миропорядка в качестве непреложного вектора мирового развития. То

обстоятельство, что международное сообщество является совокупностью разнородных самостоятельных субъектов, не останавливает идеологов глобального правового объединения. Но наличествуют ли у международного объединения такие уникальные качества, которые должны естественным образом заменить важнейшие элементы статуса государств – членов объединения, прежде всего, суверенитет и национальную политику?

Положительный ответ некоторых аналитиков на этот вопрос обосновывался, как правило, глобализацией экономики – процессом, который уже более века назад смущал умы как идеологов практического марксизма, так и тех, кто придерживался либеральных общественно-философских и экономических взглядов. «Экономические интересы, – отмечается в знаменитой "Всемирной истории", изданной в 1910 г. под редакцией Пфлут-Гартунга, – по многим признакам, уже начинают заслонять собою даже интересы национальные. ... Международные идеи, мировая промышленность и мировая торговля неизбежно ведут к мировому хозяйству, к системе мировых государств, к мировой политике» [Всемирная история... 1910:7-8].

С тех пор минуло много лет, и многие мировые события, в том числе катастрофические и трагические, опровергли романтические представления о возможности гармонизировать мировое сообщество на базе единых, всеми принимаемых принципов, единого права, единых юридических стандартов, но попытки сделать это продолжают. Между тем стремление создать «мировое право» наталкивается прежде всего на сопротивление самих национальных правовых систем. Национальные правовые системы, как уже было

отмечено, различны, они испытывают на себе влияние разноплановых факторов, и некоторые из этих факторов заслуживают более пристального внимания и анализа.

## **2. Политико-правовая характеристика эволюции западной юриспруденции**

**А.** В праве зарубежных стран происходят процессы, которые можно охарактеризовать как кризисные, что само по себе не является чем-то уникальным. Кризисы общественной жизни нормальны, как и периоды спокойного существования, когда накопление внутренних противоречий социальных систем происходит подспудно, незаметно для большинства, но очевидно для специалистов и лиц, принимающих решения. Эти лица, их объединения и специально созданные учреждения применяют комплексы амортизационных мер для устранения текущих противоречий и кризисных тенденций либо для их торможения. Однако полностью ликвидировать эти противоречия косметические, «камуфляжные», паллиативные мероприятия не могут. Отсюда – неизбежность кризисных периодов, глубина которых зависит как от характера противоречий, так и от того, насколько профессиональны и слаженны в своих действиях те, кто принимает практические решения. Это хрестоматийные положения науки об обществе, но их иногда полезно повторять, чтобы не создавалось паническое впечатление об аномальности социальных явлений, происходящих у нас на глазах.

Безусловно, каждому этапу общественного развития присущи свои особенности, и часто отдельные события общественной жизни ярко оттеняют их и заставляют аналитиков, ученых, экспертов обращать более пристальное внимание на специфику тех или иных процессов.

На протяжении последних десяти лет раздражителями, деформирующими общественные представления о жизни, жизненных смыслах и интересах, стали такие события, как миграционный кризис в Европе 2015-2016 гг., выход Великобритании из Европейского союза, приход в Белый Дом президента Трампа с его загадочными представлениями о законах мировой политики и роли в ней Соединенных Штатов, а также пандемия коронавируса и связанный с ней экономический, политический и морально-психологический кризис, затронувший все население земного шара.

Следует обратить внимание на то, что право как необходимый общественный регулятор в указанный период (так же, как, например, во время Второй мировой войны) действует в очень специфических рамках. Либо, как в случае с Брекзитом, переделывается на ходу, часто впопыхах и в угоду политическим и экономическим потребностям конкретного момента. В условиях укрупнившегося в сознании граждан практически безграничного доверия к возможностям права, совершенству правовых институтов, неподкупности судов, непогрешимости правовых максим, такое отношение властей западных стран к праву не может не затрагивать восприятие его роли, способности противостоять властному произволу и защищать интересы простых людей. Об отношении граждан к самим властям, постоянно приспособляющим законы для исправления своих ошибок, можно говорить отдельно (достаточно обратиться к событиям начала июня 2020 г. в США, где действия властей вызвали мощнейшие протесты населения и детонацию расовых и социальных конфликтов, что позже повторилось во многих европейских странах). Ясно, что принцип «верховенства права», на протяжении десятилетий внедрявшийся в сознание масс, дал серьезную трещину.

Такое положение дел не может оставить неприкасаемыми межгосударственные отношения западных стран и международное право как основной регулятор этих отношений. Международно-правовые механизмы испытывают на себе, как представляется, тройственное воздействие. На них влияют внутренние общественные процессы, которые все чаще выходят за национальные рамки и становятся международными. Огромную роль, особенно в Европе, играют международные институты, превратившиеся в высоко бюрократизированные учреждения. Все чаще эгоистично в механизмы действия международных договоров вмешиваются руководители отдельных стран (прежде всего США, претендующих на роль мирового гегемона).

Перечисленные факторы, определяющие состояние и направление развития международно-правовых механизмов, сложны и многогранны. Объять всю картину этих процессов при их разнонаправленности, противоречивости и быстроте смены декораций непросто, и делать это должны, вероятно, коллективы специалистов в самых разных областях. Однако можно показать некоторые наиболее очевидные направления, по которым идут атаки на национальное и между-

народное право, а также то, как право на них реагирует.

**Б.** В конце прошлого века ряд западных интеллектуалов положили начало развитию нового направления в социальной философии, явственно обозначившего наступление внутреннего конфликта и кризиса западного общества – общества постиндустриального, общества потребления, теперь называемого технократическим. Конфликт этот лежит в двух плоскостях – взаимоотношения личности и государства, а также личности и общества. В своих работах М. Фуко [Фуко 2006], Х. Арендт [Арендт 2000], Дж. Аганбен [Аганбен 2011] и другие делают попытки переосмыслить роль либеральных ценностей и возможность сохранения существующей западной цивилизации – при всех противоречиях, к которым привела идеология абсолютизации демократии, прав человека и других максим на фоне стремительного технологического скачка и фактического превращения человека в *Homo sacer* – голого человека, человека без личности.

«Либеральный мировой порядок, – пишет Ф. Фукуяма в своей книге “Идентичность”, – не стал благом для всех». «Во многих странах мира, и особенно в государствах с развитой демократией, резко увеличилось неравенство, – продолжает он. – Начиная с середины 2000-х годов, движение ко все более открытому и либеральному миропорядку замедлилось, а потом обратилось вспять» [Фукуяма 2019:26-27]. Между тем влияние технологий практически на все общественные процессы, проникновение киберпространства в человеческое общество, слияние с ним и неизбежные коллизии, включая психологические травмы, подобные описанной в предыдущем абзаце, создают беспрецедентную ситуацию в международной сфере.

«Каждая страна, компания и индивидуумы, – отмечает в своей книге “Мировой порядок” Генри Киссинджер, – сегодня включены в процесс технологической революции либо как субъекты, либо как объекты... Когда индивидуумы сомнительной (неясной) принадлежности способны произвести действие все возрастающего масштаба и амбициозности, само понятие государственной власти может оказаться двусмысленным ... Опасность усиливается тем, что отсутствуют какие-либо международные соглашения (регулирующие эту сферу. – А.К.), а если они заключаются, оказывается, что отсутствует система их исполнения» [Kissinger 2014:344,345].

Известный французский правовед Б. Матье так формулирует свое понимание современного кризиса национальных общественных систем западных стран и обусловленного этим кризиса их правового порядка: «Национальную идентичность трудно вместить в одно определение или перечисление правовых критериев. Прогрессирующее стирание или запрограммированное разрушение ценностей, которые определяют идентичность народа, нарушают политический процесс и, следовательно, функционирование демократии» [Матье 2020:8].

**В.** Анализируя внутренние и внешние факторы, определяющие направления развития современных международных отношений (к растущей разобщенности внутри западных обществ и неконтролируемой экспансии новых средств коммуникаций требуется добавить те неожиданные осложнения, которые принесла с собой пандемия, – вся система международных отношений оказалась на некоторое время выведенной из строя, неработоспособной), и, соответственно, правовых механизмов, их регулирующих, следует отметить, что основные компоненты этого регулирования продолжают сохраняться. Это ориентация большинства западных стран на американские политические и правовые модели и стандарты; доминирование в юридической практике идеологизированных, основанных на штампах либеральной риторики юридических норм, определяющих поведение этих стран на международной арене; консолидированное, агрессивное отношение объединенного Запада к государствам, играющим возрастающую роль в мировых делах (речь, прежде всего, о Китае и России).

Профессор Т.Я. Хабриева так характеризует нынешнее состояние международного права: «Снижается авторитет международного права вследствие открытой демонстрации его избирательного применения и использования в качестве средства продвижения экономических и геополитических интересов отдельных государств» [Хабриева 2016:142]. Деформирование привычных для граждан западных стран юридических стандартов под воздействием сомнительных идеологических и культурных принципов нового времени (скажем, первой четверти нынешнего века), как это ни тревожно, следует признать практически бесповоротным, поскольку наиболее развитые страны Запада живут в соответствии с этими принципами, невзирая на глубочайшие раны, наносимые общественной



нравственности и основам этических моделей, привычных для жителей Европы. Взаимодействие общества и государства, личности и общества (роль семьи, брака, обязанности родителей по отношению к детям, детей – к родителям, права и обязанности граждан по отношению к обществу и государству, обязанности государства по отношению к гражданам и т. п.); сами основы построения, моделирования и функционирования механизмов человеческой организации, закрепленные современными конституциями, подвергаются изменениям.

И эти изменения не всегда заранее спланированы, не всегда опираются на научный анализ, знание законов общественного развития, даже на элементарный набор социологических данных, показывающих особенности сегодняшней экономической, социальной и культурной жизни. Создается впечатление, что продумывание и планирование законодательных шагов просто вышло из моды. И нет более среди признаков западного права того, что О. Шпенглер назвал «отпечатком будущего», «устремленностью в будущее» [Шпенглер 2019]. Да и каким образом что-то планировать, когда экономика большинства стран Запада находится в предкризисном или кризисном состоянии (во Франции, например, в течение ряда лет регулярно вводится чрезвычайное положение по экономическим причинам), растет безработица, сокращается социальная нагрузка на государство, а в политической сфере нарастают нерегулируемые процессы (иммиграционный кризис и непродуманная социальная политика приводят к радикализации политических сил, усилению ультранационалистических, фашистских партий и группировок; объективная картина политически-активных слоев такова, что уже сегодня от 25 до 30 % избирателей в Европе – мусульмане).

Такая ситуация, как и некоторые другие тенденции эволюции европейской и в целом западной жизни создают усиливающееся состояние растерянности и тревоги, для которых все больше оснований. Право, применяемое на территории Европейского союза, деградирующее и отступающее под натиском суррогатных факторов, лишенных национальной, то есть единственно прочной, исторической, культурной, идеологической основы, перестает быть гарантом безопасности, привычным и необходимым для европейцев инструментом организации повседневной жизни. Кельнский, Одесский, Парижский, Брюссельский, Лондонский синдромы – все

это факторы, лишаящие право его исторической роли.

Г. Право Европейского союза (или, как модно его называть, европейское право), в основном опирающееся на римские правовые традиции, представляет собой ту совокупность институтов, понятий и теорий, которую юристы называют романо-германским правом. Вторая его часть – прецедентная, или англосаксонская европейская правовая система – существенно меньше и по разным причинам подвергается менее значительным и глубоким изменениям. Континентальной европейской правовой системе присущи два основных противоречия, о которых пишет, например, М. Марченко в статье «Характерные черты и особенности романо-германского права» [Марченко 2016:5–12]. Эти противоречия – между публичным и частным национальным правом, а также между национальным и наднациональным правовым регулированием взаимосвязаны, более того, второе вытекает из первого.

Тенденция публикации частного права не раз отмечалась в работах ведущих европейских правоведов задолго до того, как идея общей Европы начала претворяться в жизнь. Эта тенденция наиболее ярко проявляется в развитии национальных правовых систем, особенно Франции, Германии, Австрии, Бельгии. Наступление бюрократии Брюсселя на национальное право европейских стран усилилось. Возобладала точка зрения, что «по своему существу настоящее право как “норма общественного поведения” является “наднациональным” правом» [Марченко 2016:11]. Мы позволим себе не согласиться с М. Марченко и, не углубляясь подробно в этот вопрос, заметим, что события последнего времени, ознаменовавшегося углублением противоречий между наднациональными задачами и национальными интересами европейских стран, показывают необходимость более осторожного отношения к сложившимся национальным правовым системам внутри единой Европы.

Увлечение глобализацией и влиянием этого, на первый взгляд, объективного процесса не обошло стороной и российских правоведов.

«Логично предположить, – пишет В.М. Шумилов, – что формирующаяся “глобальная социальная система” должна иметь некую системно организованную нормативную надстройку, обеспечивающую соответствующий правопорядок». И далее: «В параметрах современного миропорядка глобализация обозначает себя в формате глобального партнерства в целях раз-

вития» [Шумилов 2017:72,75]. В этих условиях, утверждает далее В.М. Шумилов, формируется «наднациональное право», имеющее пока вторичный, факультативный характер, но возникающее тогда, когда «в предписании заложена и/или проявляется некая воля, стоящая выше воли суверенного государства» [Шумилов 2017:75].

Подробный анализ взглядов западных правоведов на то, как процесс глобализации влияет на место и роль национального права и государства в современных западных странах проводит М.В. Мажорина в статье «Трансформация государства и “денационализация” права в контексте международного частного права» [Mazhorina 2019:133–161]<sup>1</sup>. В последние двадцать лет, указывает автор, рассматривая концепции различных западных авторов, «глобализация как необратимый процесс становится ускоренной тенденцией возрастающего взаимопроникновения через национальные границы, обеспечивающего развитие “открытого общества”». Этот процесс характеризуется активнейшим информационным обменом, формирующим новое «сетевое общество», в рамках которого происходит «глобальное распространение западной идеологии». При этом в сфере права происходит то, что американский социолог Морис Валлерстайн называет «европеизацией», «американизацией», «вестернизацией» и даже «макдонализацией» права [Mazhorina 2019:135].

Одним из очевидных последствий глобализации, по мнению М.В. Мажориной, становится изменение роли государства как во внутренних процессах западных стран, так и в международных отношениях. «Анализируя процесс трансформации положения государства, – указывается в статье, – нельзя не обратить внимание на несколько тенденций: ослабление государственного суверенитета; демонополизация роли государства в политической и, как результат, в правовой сферах; децентрализация власти и усиление частных факторов, выполняющих традиционные функции государства». Соответственно меняется и международная сфера, превращающаяся в систему многоуровневого управления, в которой государство выполняет роль *primus inter pares* – «первого среди равных» [Mazhorina 2019:139]. В заключении статьи М.В. Мажорина утверждает, что «мы подошли очень близко к явлению (денационализации права. – А.К.), которое не следует игнорировать, поскольку оно обруши-

лось, подобно цунами, на существующую юриспруденцию, угрожая стереть ее с лица Земли» [Mazhorina 2019:153].

Не вызывает сомнения тот факт, что современные процессы трансформируют наши представления о многих привычных явлениях, постулатах и истинах. Глобализация имеет место, хотя события эпидемиологической лихорадки и поколебали уверенность в незыблемости западной солидарности и способности слаженно отвечать на чрезвычайные вызовы. «Политические и экономические интересы отражают глобализацию, – замечает проф. Ю.А. Тихомиров, – право реагирует на эти процессы» [Тихомиров 2020:6].

Д. Право на самом деле не может не реагировать на посягательства на свое жизненное пространство [Правовое пространство...2019:15–18]. Представляется, однако, что слабость и неадекватность реакции современного государства и права на неожиданные, порой агрессивные вызовы – явление не новое и не уникальное. «Право в целом и его отдельные элементы развиваются неравномерно: одни отрасли законодательства быстро меняются, а другие отстают, – отмечает в указанной работе Ю.А.Тихомиров, – и в международном масштабе законодательству присущи то согласованные акции, то смена публичных и частных регуляторов, то унификация правовых норм, то давление на законодательство других стран». Так, простым, традиционным языком автор подчеркивает диалектическую неравномерность развития как отдельных государств, так и международной системы отношений этих государств, сложившейся на сегодняшний день. Причем система эта, особенно ее европейская часть, находящаяся в состоянии кризиса, не способна эффективно противостоять ни новым природным вызовам, ни эгоизму отдельных своих членов. «Мир не стал стабильнее, – утверждает проф. Б.С. Эбзеев. – Явственно деградируют ключевые международные институты, разрушается фундамент миропорядка, а грубое внешнее вмешательство в жизнь стран и народов стало обычным инструментом геополитики и передела сфер влияния» [Эбзеев 2020:17]. И в реальности, подчеркивает автор, речь идет «об обеспечении беспрепятственного доступа к ресурсам других стран и потере ими своей цивилизационной идентичности» [Эбзеев 2020:17]. Действительно, зачастую кому-то требуется ввергнуть право в

<sup>1</sup> См. также статью «Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации» цитируемого автора [Мажорина 2018:193–217].

«самохаос», для противодействия которому требуются «очень строгие инструменты познания правового развития, правовых и иных процессов...» [Тихомиров 2020:6]. Думается, что легкомысленный отказ от права в пользу каких-то невразумительных (хотя и модных), неправовых, суррогатных механизмов воздействия на общественные отношения опасен, чреват непредсказуемыми последствиями и лишениями.

Подчеркнем, что утрата веры в свое национальное право для жителей Европы – событие гораздо более драматичное, чем, например, для россиян или для обитателей Закавказья, Средней Азии, Аравийского полуострова или Юго-Восточной Азии. Вера в «благоразумие права» [Марченко 2016:10], в право как панацею, универсальный инструмент решения всех социальных проблем, в конце концов, в право как воплощение справедливости – привилегия именно граждан западных стран. Но она является одновременно и слабым местом европейских обществ, тем механизмом, который в случае его отказа или сбой заменить, по существу, нечем. По крайней мере, никакие страховочные средства (сильная религиозная община, организация местного самоуправления, традиционные суды, обычаи, основанные на высоком личном авторитете, властные конструкции) в развитом виде на Западе не существуют. Соответственно, утрата доверия к праву содержит негативный заряд разрушительной силы.

Усилия руководства ведущих западных стран, направленные в основном на сдерживание конкурентов, со все более частыми отступлениями от принятых правовых стандартов вместо развития сотрудничества, солидарности, взаимопомощи в жизненно важных сферах следует признать противоречащими интересам жителей этих стран. Это не новый тезис, достаточно вспомнить демонстрации антиглобалистов или мощнейшие выступления в поддержку традиционной семьи в Европе, однако ситуация не только не улучшается, но, пожалуй, быстро осложняется дальше.

### 3. Примеры международной практики и их международно-правовые оценки

**А.** Процесс унификации правовых норм и целых отраслей национального права западных стран, приобретший особый размах в первое десятилетие текущего века, явно пошел на спад, столкнувшись на своем пути с объективными преградами, которые пока не удастся преодолеть

ни руководству западных стран, ни их объединениям. Эти попытки, разумеется, будут продолжаться, и, возможно, сделав вывод из допущенных ошибок, западные государства смогут решиться на какие-то новые пути объединения, менее бюрократизированные и более соответствующие современным представлениям об эффективных формах интеграции. Однако для этого требуется аккуратная и добросовестная «работа над ошибками», которая особенно необходима в период кризиса, охватившего практически весь мир после в результате пандемии. Мероприятия по приведению правовых механизмов в соответствие с требованиями современной жизни должны охватывать все ее стороны, однако хотелось бы коротко остановиться на некоторых характерных нововведениях правовой действительности западных стран, которые, кстати, непосредственно затронули и российское право.

События последнего времени, происходящие в странах Запада, примечательны прежде всего тем, что имеют четко определенный правовой контекст, который не всегда виден за более яркой идеологической или политической картинкой. Вопрос о том, насколько право обусловлено политикой, – особый, важно другое: право, будь то континентальное, кодифицированное право или его прецедентный вариант, играло роль одного из краеугольных камней западной цивилизации наряду с религией и философией. В меньшей степени право было значимо для цивилизаций иных, в том числе и для российского государства и российского общества.

Вместе с тем понятно, что весь привычный порядок вещей для европейца, например, или для жителя Северной Америки зиждился на праве, Конституции, судебной системе. Конечно, такие массовые, стихийные процессы, как бегство миллионов людей, устремляющихся в поисках более спокойной и достойной жизни (или жизни вообще) в европейские страны, в основном не готовые к приему гостей ни в каком смысле (психологическом, экономическом, юридическом), не может не создать напряжения с точки зрения соблюдения базовых прав и свобод коренного населения, конкуренции этих прав с правами вновь прибывающих масс. Тем более что часто в этом процессе превалирует не здравый смысл или желание соблюсти права европейцев, а вполне сиюминутные, политические мотивы.

В этой связи показательной является точка зрения президента Академии права Таллинского Университета проф. Р. Мюллерсона по пово-

ду необходимости баланса власти, политики, права. «Любой баланс власти предполагает наличие множества центров силы, – пишет проф. Р. Мюллерсон. – При наличии одного центра силы возникает либо тоталитарное государство внутри одной страны, либо имперская система в международных отношениях... Международное право (в отличие, например, от имперских правовых систем или нынешнего законодательства Евросоюза) не способно существовать в системе с одним доминантным центром. Современная система международного права с ее понятиями суверенитета и невмешательства во внутренние дела начала появляться только с возникновением относительно равноправных, централизованных национальных государств» [Мюллерсон 2016:96]. Требуется сделать акцент на этом противоречии: вся система норм, регулирующих международные отношения, возникает и может существовать только тогда, когда существует несколько конкурирующих центров силы. Напомним, что всегда так и было – до Вестфальских решений и после них, до и после Версаля, Потсдама и вплоть до начала 1990-х, когда распался СССР. При этом выводы из событий конца 1980-х – начала 1990-х разными игроками на международной арене были сделаны совершенно противоположные. Западные страны во главе с США решили, что построенная ими пирамида, где главенствующую роль, роль гегемона играют именно Соединенные Штаты, является если не единственным, то совершенно доминантным фактором в международных отношениях, тогда как Россия, а вместе с ней и другие бывшие члены Союза ССР попали в зависимое, второстепенное положение.

Как предостерегает проф. Мюллерсон, в этой однополярной системе начали складываться такие отношения между странами, при которых национальные интересы все чаще приносятся в жертву политическим амбициям. «В мире с однополярными тенденциями международное право (результат  $\leq \dots \geq$  компромиссов) и его истолкование диктуются одним центром. В такой ситуации право фактически не работает» [Мюллерсон 2016:98]. Возникает вопрос, а что же работает вместо права, какие нормы задействуются для того, чтобы общественные процессы не постигла анархия? Ответить на этот вопрос не так-то просто.

Как было сказано, эпоха тоталитарного господства в международных отношениях группы стран во главе с США, а по существу господства

именно США (вспомним Югославию, вторжение в Ирак, события после «арабской весны», Сирию), длится недолго. Да и основные документы, на основе которых строятся системы международных отношений, приняты в другое время, время баланса интересов.

Б. «Право развивается, право расширяется, – писал проф. Ю.А. Тихомиров, – право везде присутствует, но оно реально рушится». Причина вполне понятна: «Ослабевают постулаты, ибо действуют другие интересы, побуждения и загадочная мотивация» [Тихомиров 2017:6]. Видимо, действительно следует обратить внимание на предлагаемую Ю.А. Тихомировым концепцию «циклов правового развития». Можно допустить, что мы являемся свидетелями смены одного такого цикла другим. Однако некоторые особенности международно-правовой эволюции остаются неизменными. Одной из таких особенностей является близость международного права к политике, точнее – взаимодействие международного права и политики государств [Вылегжанин 2015:418–433]. Политика и политическая практика государств, особенно сильных в военном и экономическом плане, оказывают на право определяющее влияние. «Международное право, – утверждает проф. Мюллерсон, – гораздо более политизированное явление, чем внутренние правовые системы» [Мюллерсон 2016:101]. С этим следует согласиться. Иначе трудно понять, почему под воздействием политических факторов настолько сильно меняется роль даже таких мощных международных организаций, как ООН, Генеральная Ассамблея которой иногда служит орудием влияния одной группы стран в ущерб интересам остальных. Это именно та угроза, которая, если верить мемуарам У. Черчилля, особенно тревожила американского президента Ф. Рузвельта в период создания этой организации.

В не меньшей степени задаче обслуживания интересов группы наиболее развитых, сильных и влиятельных стран соответствуют организации, созданные в послевоенный период, когда готовились и подписывались Римский, Маастрихтский, Лиссабонский договоры, закреплявшие конструкцию Европейского Союза в том виде, какой она имеет сегодня. Незаметно, хотя и без всяких утаек, многие функции национальных органов перекочевывали в органы Союза, а соответствующие законы, которые некогда отражали достижения (в том числе и социальные) отдельных государств, перестали работать, по-



глощенные унификационными процессами в рамках ЕС. Таких сфер множество – от трудовых и миграционных до семейных, таможенных. Когда же возникла необходимость регулировать на национальном уровне проблемы жизни и адаптации мигрантов, а потом и проблемы защиты от их посягательств коренных граждан Европы, то выяснилось, что таких защитных, иммунных механизмов у европейских государств нет: все передано союзным органам и союзному регулированию, которое, неожиданно для самих членов ЕС, стало строго обязательным.

Как отмечает М.В. Мажорина, «все более и более часто частные факторы создают неправильные инструменты, которые не являются частью национального, международного или наднационального права. Примеры такого частного нормотворчества включают «самодельные нормы» (выражение М. В. Мажориной – А.К.), разрабатываемые профессиональными ассоциациями, международными торговыми арбитражными учреждениями, научными заведениями...» [Mazhorina 2019:142-143]. Такие классические институты коммерческих контрактов, как арбитражные оговорки и положения о применимом праве, по утверждению автора, также деформируются до неузнаваемости, отсылая участников к соответствующим новым арбитражным и медиационным процедурам и общим правовым концепциям (например, к верховенству закона). Цитируя известного чешского правоведа А. Белоглавека, М.В. Мажорина пишет: «...для того чтобы вынести независимое суждение, национальные суды должны позабыть о нормах национальных актов в области торгового права и каких-либо национальных юридических понятиях о контрактных или внеконтрактных обязательствах. Вместо этого они должны прибегать к выдуманному (fictitious) юридическому эсперанто» [Mazhorina 2019:143].

Данные замечания проф. М.В. Мажориной ясно показывают, как концептуальные причуды «правовой глобализации» могут оказывать практическое воздействие на повседневную жизнь людей, их отношения между собой, защиту прав, возмещение понесенного ущерба и т. д. Вместе с тем исследование подобных явлений социальной жизни наводит на мысль, что создание такого рода «юридического хаоса», фетишизация весьма размытых понятий, вроде «верховенства закона», интерпретируемых по-разному в зависимости от национальных культурных, исторических, правовых традиций, кому-то нужны.

Обстановка, при которой право уступает место суррогатам, необходима для решения вполне прагматичных задач, связанных либо с обеспечением монопольного положения в экономической области, либо с политическим доминированием. При этом для удобства и быстроты принятия решений и эффективного воздействия на соответствующие сферы экономической и иной деятельности формируется необходимый массив неправовых (паранправовых) понятий и инструментов, заменяющих собой традиционные нормативные механизмы правового регулирования.

**В.** Одним из направлений бурного унификационного процесса последних двух десятилетий, находившегося в русле усилий США и других ведущих стран Запада по глобализации мировой экономики, явилась деофшоризация мирового хозяйства и связанное с ней интенсивное развитие различных форм деятельности международных и национальных служб финансового и валютного контроля. Принимая во внимание необходимость мер по противодействию теневой экономике, обороту наличности, питающей разного рода преступный бизнес и развитие криминальных, в том числе террористических, видов деятельности, полагаем необходимым заметить следующее.

Различные налоговые режимы для национальных юрисдикций отдельных стран были введены вполне сознательно как стимуляторы деловой активности и предпринимательства, а вовсе не как способы уменьшить легальные, фиксируемые способами, принятыми в практике налоговых органов, поступления в национальные государственные бюджеты в пользу нелегальных, скрытых от контроля объемов богатств, циркулирующих в теневых экономиках отдельных стран, а также в международных масштабах. Отмеченное негативное влияние льготных налоговых правил – вполне прогнозируемое явление, локализуемое и исправляемое на национальном уровне путем корректировки соответствующего нормативного материала – явилось причиной, а точнее предлогом, для того чтобы нанести удар по экономикам целых стран, ликвидировав такие основополагающие принципы, как банковская тайна, судебный порядок затребования и предоставления финансовой информации, подчинение налогового режима лиц определенной национальности юрисдикции исключительно национальных судов и непризнание экстерриториальной силы решений национальных судов на чужих территориях.

Начавшиеся после террористических атак конца 1990-х – начала 2000-х годов действия многочисленных служб США, а потом и подконтрольных им международных агентств обрушились на европейские банки, производственные компании, правительства самостоятельных государств и произвели разворот не только в повседневной практике экономических субъектов, но и в головах государственных чиновников, банковских служащих, менеджеров компаний, финансовых брокеров и т. д. Хорошо известны решения национальных судов США в отношении швейцарских, лихтенштейнских, французских банков, автопроизводителей Германии, фармацевтических компаний из Азии и Европы. При существующей системе международного полицейского, финансового и налогового сыска отмахнуться от подобных решений невозможно – они будут исполняться под контролем американского министерства юстиции, невзирая на национальные границы, сроки давности и разного рода протесты тех стран, которые, будучи не согласны с решениями чужих судов, не в состоянии не только оспорить их, но даже защитить своих граждан от похищения и пыток.

Еще одна характерная особенность процесса деофшоризации следующая. Хорошо известно: для того чтобы граждане и компании не платили налоги с одних и тех же сумм доходов сразу в нескольких юрисдикциях, где они так или иначе присутствуют (живут, зарегистрированы, совершают сделки, получают доходы, подписывают обязывающие документы и т. д.), в практике межгосударственных отношений довольно давно появились соглашения об избежании двойного налогообложения. Эти документы – формальные юридические договоры с понятной, апробированной терминологией, судебной практикой применения и толкования их норм национальными и международными судами, с отработанными процедурами дипломатического и консульского взаимодействия по поводу коллизий, возникающих в ходе их имплементации.

Бурная антиофшорная деятельность дала толчок к использованию юридического инструментария налоговых соглашений для разработки на их основе большого массива неюридических, технических по существу понятий и положений,

которые переводят налоговые (а в нашей стране и валютные) отношения в разряд квазигиридрических, административных, где применяются принципы, приемы и правила, не известные ни юридической доктрине, ни сколько-нибудь серьезной судебной практике. Развитие этой околоюридической сферы финансового контроля оказывает непосредственное влияние и на российское право – как в его нормативном, так и в правоприменительном аспектах. Достаточно сослаться на ФЗ № 376 от 24 ноября 2014 г. «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового Кодекса РФ (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)». Текст этого документа изобилует понятиями и терминами, не известными ранее действовавшему российскому законодательству. Таковы, например, термины «контролируемая компания», «косвенное участие в организации», «фактическое право на доходы» (ст. 7 Закона); «контролирующие лица» (ст. 25), «контроль над организацией», «действия, оказывающие определяющее влияние на решения, принимаемые организацией» (ст. 25) и т. п.<sup>2</sup>

Нелегальные доходы, оффшорные формы компаний и бегство от налогов, наряду с повальной коррупцией и казнокрадством – это те «страшилки», которые все больше используют ведущие западные страны, чтобы обосновать жесткие политические и экономические действия по сдерживанию таких «непослушных» конкурентов, как Россия, Китай, Иран. Одним из примеров скандального использования темы неуплаты налогов и бегства в безналоговые юрисдикции вкупе с темой коррупции и сокрытия незаконных доходов высшего чиновничества явился скандал с «панамским досье», который направлен прежде всего против России и ее руководства. То обстоятельство, что волны скандала могут задеть и уже заделали нейтральные и союзнические страны, например Исландию, Великобританию и Аргентину, не должно вводить в заблуждение. Вспомним не такую далекую историю с Кипром, когда была предпринята попытка первой западной атаки на российский бизнес, и прежде всего госкомпаний и банки, проводившие большой объем операций через кипрские счета.

<sup>2</sup> См.: Федеральный закон от 24 ноября 2014 г. № 376-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)». – *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_171241/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_171241/) (дата обращения: 18.08.2020).

Стоит заметить, что кипрские юридические лица по всем формальным признакам не могут считаться оффшорными, они сдают балансы и аудируются, а сам Кипр, кстати, полноправный член Евросоюза, никак не должен признаваться «налоговым раем». От действий европейских финансовых властей самым серьезным образом пострадала кипрская экономика, но не только она: тысячи англичан, исторически державших деньги в кипрских банках, владевших там недвижимостью и использовавших местные компании и профессиональных кипрских корпоративных администраторов, также пострадали. Их потери составили миллиарды долларов (или фунтов, кому как нравится), но разве это кого-нибудь остановило?

Нашим надзорным органам следовало бы принимать эти примеры к сведению и с осторожностью применять инструментарий, разработанный американской и европейской службами финансового надзора для глобальной политической борьбы, в своих мероприятиях, направленных на контроль отечественного бизнеса. Вообще, полезно иметь в виду, что бизнес – это такая сфера деятельности, где должен существовать общественный договор, обеспечивающий баланс между государственными и частными интересами и дающий возможность проявиться в необходимых пропорциях частной инициативе и тем нормальным материальным мотивам ведения дел, которые не противоречат закону и потребностям общества. Думается, что именно формой такого договора между государством и бизнесом являются зоны свободной торговли, таможенные зоны, зоны открытых портов, опережающего развития и т. д. Безналоговые режимы отдельных юрисдикций – разновидности таких организационных форм ведения бизнеса. Американские корпорации, например, с успехом применяют их, используя свои национальные безналоговые зоны, латиноамериканские, карибские льготные юрисдикции, и никто не слышит о беспощадной борьбе американской Фемиды с этими постыдными явлениями.

Г. Хорошо известно, что право, как любой инструмент, изобретенный людьми, может играть как созидательную роль, так и быть оружием в конкурентной борьбе. Это находит свое подтверждение сплошь и рядом, как на уровне ограниченного локального рынка, так и в международных отношениях всемирного масштаба. Примером такого воинственного применения права является повсеместная борьба (конкуренция) национальных

и интернациональных правоохранительных органов, специальных надзорных служб и даже судов. Сама по себе проблема границы, при переходе которой право превращается в свою противоположность, не утрачивая основных социальных характеристик, представляет интересную тему для научного и практического исследования. Важно отметить, что участие в кампаниях, подобных международной борьбе с оффшорами, требует внимательности и осторожности, поскольку интересы разных стран при проведении таких мероприятий различны, и очень часто цели, которых отдельные страны стремятся достичь, используя специализированные организации, создаваемые на основе международных соглашений, далеки от добросовестных.

Приведу пример таких недобросовестных действий западной правоохранительной системы по отношению к российским гражданам. В газете «Ведомости» была напечатана статья профессора Нью-Йоркского университета Марка Галеотти с характерным названием «Границы права». Статья посвящена преследованию испанской полицией организованных преступных групп петербургского происхождения, окопавшихся в Европе и занимающихся там противоправной деятельностью. Тема знакомая. Новым является принятие двумя испанскими прокурорами решения объявить в розыск высокопоставленных российских чиновников, среди которых В. Зубков (бывший премьер РФ), Д. Козак (в то время вице-премьер РФ), И. Соболевский (бывший заместитель руководителя СКР) и другие. Эти граждане по версии следствия являлись пособниками упомянутых организованных преступных групп. Заметим, что никаких доказательств этого у следствия нет, сам автор пишет, что «пока эти утверждения не пройдут проверку в суде, правды мы не узнаем». Здесь же автор, настроенный вполне воинственно по отношению к «российской клептократической системе», задает важный вопрос: «Можно ли говорить о том, что кампании, подобные испанской, начинаясь как сугубо правовые, превращаются – намеренно или нет – в зарубежные кампании, направленные на смену режима?».

Утвердительный ответ на этот вопрос для нас очевиден при всей важности борьбы со «сращиванием», «отмыванием», «коррупционной деятельностью» и пр. Это как раз очень показательный пример того, как правосудие и правоохранительная работа превращаются в свою противоположность, когда используются в чисто

политических целях давления, шельмования и клеветы. В Европе, да и во всем мире существуют вполне развитые, не раз применявшиеся на практике, показавшие свою эффективность формы взаимодействия государств при расследовании транснациональных преступлений с использованием международных институтов, договоров о правовой помощи и т. д. Возможностей сотни, но все они – обычные, не подвергающие сомнению репутацию действующих государственных служащих или бывших чиновников, не ставящие их в сложное положение, когда необходимо по непонятным причинам доказывать (неизвестно как), что «ты не верблюд». Лучше как раз сделать обратное – объявить известных людей в международный розыск и затем организовать их преследование, невзирая на то, что они – граждане совсем другой, совершенно самостоятельной страны. «Этот путь (экстерриториального уголовного преследования чужих граждан. – А.К.) – вообще, вероятно, один из самых эффективных инструментов, доступных Западу, если он стремится поощрять очищение российской политической системы», – подводит итоги своим рассуждениям М. Галеотти<sup>3</sup>.

Когда речь идет о конкурентной борьбе и необходимости всеми средствами затруднить, сдержать слишком быстрое развитие соперников, жесткая солидарность «вожаков» нынешнего миропорядка проявляется практически во всех значимых сферах жизни. О том, как правила ВТО, превращаясь в «часть глобальной системы регулирования международной торговли», дают «неоспоримые преимущества тем странам и экономическим агентам, которые уже обладают значимыми интеллектуальными активами – патентами, авторскими правами, товарными знаками», и одновременно создают «экономические и организационные барьеры» для промышленно-технологического и инновационного развития других стран, рассказывает статья А. Иванова «Дать знаниям свободу» [Иванов 2016:92-93]. Заметим, кстати, что при таких правилах игры на международной арене вообще и в рамках ВТО в частности, недостаточно только сетовать и критиковать их, без практических выводов для своей деятельности. Наоборот, понимая, что никаких «джентльменских» приемов в арсенале сегодняшних игроков просто нет, необходимо адаптировать свои действия к существующим реалиям

и жестко отстаивать в конкурентной борьбе свои интересы, что у нас, нужно признать, не всегда хорошо получается.

Соединенные Штаты не отказываются от своей роли лидера западного мира и, по мнению американских политиков, могут законно и обоснованно претендовать на то, что международное право – это сборник правил, которые представляются верными США. Эту мысль так формулирует политолог Т. Бордачев: «Сила той группы, которая в результате (продолжительной) борьбы добилась доминирования в мире, должна была обрести характер права» [Бордачев 2020:11]. Существует, правда, мнение, что в условиях полного доминирования какой-то одной силы, пусть и самой справедливой, право вообще перестает играть свою роль, так как утрачивается предмет регулирования: все встали в строй, и никаких разногласий не возникает, все действуют как один. Эта картина, конечно, даже в идеале далека от реальности, что признают и США, не переставшие твердить при этом о лидерстве. «Сам успех предприятия по созданию единой системы “нового мирового порядка” во главе с США, – отмечает Г. Киссинджер, – в конце концов приведет к тому, что у этой системы возникнут конкуренты». «При построении мирового порядка, – подчеркивает бывший госсекретарь, – ключевым вопросом неизбежно становится содержание положенных в основание объединения (единства) принципов, которые коренным образом отличают западный и незападный подходы к понятию “порядка”» [Kissinger 2014:343].

Следует подчеркнуть, что до самого последнего времени американские представления о мировом порядке, так же, как взгляды большинства американских (и в принципе европейских) политиков и юристов на устройство международных отношений и международного права, исходили из концепции объективной неизбежности глобализации (т. е. объединения, единения, унификации) всех сторон жизни, всех основных направлений регулирования общественных процессов – от экономической сферы (единые налоговые, таможенные, тарифные правила; единое антимонопольное, экологическое, банковское, трудовое и пр. законодательство) до политической жизни (принципы формирования представительных органов, права человека, миграционное зако-

<sup>3</sup> Галеотти М. Границы права. – *Ведомости*. 10.05.2016



нодательство и т. д.). Отсюда – недальновидное, зачастую пренебрежительное отношение как к собственному национальному праву, так и к тем международно-правовым механизмам, которые сложились в доглобалистский период.

Отношение президента Трампа к своим международным обязательствам или к требованиям международных соглашений, участником которых являются Соединенные Штаты, отличается агрессивностью и тем, что В.М. Шумилов назвал правовым нигилизмом [Шумилов 2015:8]. Эти особенности менталитета действующей американской администрации пока не вполне «монтируются» с представлениями их европейских партнеров о принципах взаимоотношений государств на современном этапе. Очевидно, эта задача будет решаться во время второго срока президентства Д. Трампа, если приближающиеся выборы пройдут для него удачно.

Д. Отдельной темой международной жизни, в частности европейской, является деятельность международных судебных органов. Идея создания таких учреждений, заложенная еще в Римском договоре, безусловно, плодотворна, тем более что в любом союзе неизбежно возникают конфликты между его членами, и их нужно решать, а на более практическом уровне – там, где взаимодействуют между собой физические и юридические лица, проблема разрешения споров стоит особенно остро. Поэтому создание судебных органов внутри Союза, а также развивающаяся практика учреждения разного рода международных арбитражей является требованием времени. Другое дело, насколько все эти органы свободны от политических влияний и пристрастий, насколько они являются действительно юридическими инстанциями, а не орудием политического давления и решения политических задач. Это опять-таки вопрос существования баланса сил, который способен обеспечить беспристрастность и объективность судебных решений. «Принцип баланса сил, – рассуждает в упомянутой статье Р. Мюллерсон, – часто вызывает споры: юридический он или политический. В первую очередь политический, но именно он становится основой международного права. Если элементы этого баланса закреплены в юридических документах – политический баланс опирается на нормы международного права» [Мюллерсон 2016:101–102].

Наиболее масштабным, как с точки зрения количества рассматриваемых жалоб, так и в плане доктринального осмысления принципов участия России в соглашениях, посвященных международным судебным органам, стало взаимодействие с Европейским Судом по правам человека и подписание соответствующей Конвенции. Главные вопросы такого взаимодействия потребовали даже внесения изменений в Конституцию РФ. Напомним, что Россия присоединилась к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) лишь через сорок шесть лет после образования суда, в 1996 г. К этому времени ЕСПЧ был уже вполне сложившейся организацией со своими внутренними регламентами и достаточно широкой практикой. Она касалась в основном рассмотрения жалоб частных лиц, что изначально не входило в перечень основных задач суда, как их видели государства-основатели<sup>4</sup>. Такое изменение в текущей работе ЕСПЧ потребовало существенной модификации и доработки внутренних процедур, в результате чего решения суда стали не только обязательными для стран – участниц конкретного процесса, но и преюдициальными для самого суда в целом. Таким образом, складывающаяся в ЕСПЧ собственная практика становится существенным источником права при принятии судебных решений. Это важно учитывать, поскольку российские правоведы неоднократно обращали внимание на то, что Россия, не принимавшая участия в разработке и оформлении судебных процедур суда, а также вопросов исполнения судебных решений, возможно, оказалась не готовой к той новой роли международного правосудия, которая сформировалась по мере становления и развития Европейского Союза в целом [Имплементация решений ЕС...2019:20].

Дальнейшая деятельность ЕСПЧ выявила несколько принципиальных проблем взаимодействия национальных государств и международных институтов, ими созданных. Первая проблема – представление о суверенитете национальных и межгосударственных органов правосудия. Этот вопрос, как правило, интерпретируется с позиций понимания государственного суверенитета. «Что означает “нетрадиционное понимание государственного суверенитета”, – размышляет Б.С. Эбзеев, – и на какой основе – силы или права – должна происходить консти-

<sup>4</sup> Подробнее см.: [Исполинов 2017:26–34].

туционализация международного правопорядка, гарантируемая независимой судебной властью, каковы ее темпы и кем они определяются, в какой мере процессы становления транснационального конституционализма соответствуют цивилизационно-культурным особенностям народов...?» [Эбзеев 2017:6]. Суверенизация статуса национальных судебных органов представляет собой предмет дискуссии как в отечественной правовой науке, так и за рубежом [Имплементация решений ЕС... 2019:73-80], однако очевидно, на наш взгляд, что национальные суды стран – участниц Конвенции 1950 г. подчиняются только внутренним законам. В этом смысле ЕСПЧ не является высшей инстанцией для национальных судов, и такая позиция разделяется большинством государств – членов ЕСПЧ.

Второй проблемой, тесно связанной с первой, является процедура исполнения решений Европейского Суда. Оговоримся, что и этот вопрос состоит из нескольких: идет ли речь о всех решениях суда, либо те из них, которые касаются требований и рекомендаций о приведении к общим принципам, одобряемыми Венецианской комиссией, не являются императивными для стран-участниц. Так или иначе, российская власть высказалась по данному вопросу вполне определенно еще в 2015 г., когда Конституционный Суд РФ вынес решение в отношении конституционности положений ст. 1 Федерального Закона РФ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней». В соответствии с данным Постановлением КС решения ЕСПЧ должны исполняться как нормы внутреннего российского законодательства в том случае, если они не нарушают прав человека и не противоречат принципам конституционного строя Российской Федерации<sup>5</sup>. В дальнейшем, положения данного Постановления, помимо их тщательной доктринальной разработки и многократной конкретизации российскими судебными органами, нашли свое отражение в новой редакции ст. 79 Конституции РФ. Такая позиция российских властей, по выражению Б.С. Эбзеева,

«есть гарантия непротиворечивого взаимодействия национального и международного правопорядков и верховенства Конституции в правопорядке России» [Эбзеев 2020:18].

Есть и еще одна проблема, с которой сталкиваются наши органы внешнеполитической деятельности, российские юристы, взаимодействующие с ЕСПЧ, в процессе своей работы, – политизация суда и его решений [Барциц 2020: 37, 55-56]. Идея, заложенная при образовании ЕСПЧ после подписания соответствующей конвенции, заключалась в создании межгосударственного судебного органа, который в своей работе должен быть свободен от политических пристрастий и влияний. Конечно, многое изменилось в мире за прошедшие семьдесят лет, международные процессы подверглись существенному воздействию, которое трудно было предвидеть в середине прошлого века. Самым значительным из таких последствий следует, вероятно, считать упоминавшуюся выше глобализацию, однако относить все сложности межгосударственных отношений на счет этого обстоятельства едва ли справедливо. Скорее следует признать, что «глобализация не отменяет конкурентной борьбы, в которой активно используются средства политического, экономического, информационного, а также военного давления...» [Эбзеев 2020:18]. И, добавим, правового давления тоже.

Действительно, было бы хорошо выработать общие для европейских стран понятия, например, прав человека, которые, несмотря на активную риторику в этой сфере, все же существенно отличаются от страны к стране в зависимости от истории, культурных и правовых традиций и других факторов. Хорошо было бы также после выработки таких критериев унифицировать нормы национальных законодательств, применяемые в сфере фундаментальных прав человека, чей приоритет заложен в конституциях всех европейских стран, наряду с обязанностью государства защищать эти права. Пока же критерии вырабатываются и законодательство проходит унификацию, Европейский Суд призван,

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней", пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, ч.ч. статей 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, ч.ч. статей 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и п.пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы». – *Российская газета*. 25.07.2015. Доступ: <https://rg.ru/2015/07/27/ks-dok.html>

в соответствии с Конвенцией и Положением, защищать нарушенные права европейцев в тех случаях, когда национальный правовой ресурс оказывается исчерпанным.

На практике, однако, происходит иное. Европейский Суд превращается в сложную бюрократическую машину, живущую по своим законам, действующую все более агрессивно в отношении национальных судебных систем, национальных законодательств и решений исполнительных властей национальных государств. Такая агрессивность обосновывается необходимостью защиты каких-то общих ценностей и принципов, которые на деле странами понимаются совершенно по-разному. Не случайно британские власти намерены обеспечить изъятия из действия Конвенции в отношении своих военнослужащих, участвующих в вооруженных конфликтах; Турция заявляет о приостановке членства в Конвенции в связи с намерением восстановить действие в стране смертной казни; Россия принимает закон о невозможности исполнения постановлений ЕСПЧ в случаях, когда такие решения противоречат российской Конституции. Кстати отмечу, что не на уровне закона, а в порядке индивидуальных актов подобные решения о невозможности исполнения вердиктов Европейского Суда в случае явного противоречия последних национальному законодательству принимались и в других странах, например в Германии.

Сам Европейский Суд по правам человека, на наш взгляд, все больше становится частью международного механизма по проведению определенной политики в отношении ряда стран. Его решения приобретают характер дополнительных мер, обременяющих те страны, в отношении которых приняты «клубные» решения санкционного характера. Речь, прежде всего, о России, в отношении которой принимаются такие решения (например, по делу «Юкоса»), которые вполне можно предсказать заранее вплоть до аргументации и формулировок. Можно предвидеть, что таковыми будут также решения по жалобам, касающимся событий 2008 г. в Осетии и Абхазии, и по текущим событиям на Донбассе. Кстати, отметим, что ни одна из тысяч жалоб, направленных в защиту прав и законных интересов жителей Донбасса, пострадавших от действий украинских войск, не принята судом к рассмо-

трению. Находятся сотни процедурных причин и рогаток, чтобы указанные жалобы отклонять либо оставлять их без движения годами.

Спрашивается, нужно ли России участвовать в таком соглашении, которое носит, по мнению юристов, все более дискриминационный характер. Российские эксперты и парламентарии не раз поднимали вопрос о прекращении членства России в Конвенции по правам человека и выходе из членов ЕСПЧ либо о приостановке этого членства, но в ответ звучат аргументы о необходимости участия в «европейском процессе», которые, превалируют до настоящего времени.

#### **4. Суверенитет и юрисдикция: вопросы современного понимания понятий**

**А.** О значении терминов «суверенитет» и «юрисдикция» написано много. И с точки зрения национального права, и в контексте права международного. Упрощая, отметим, что суверенитет относится больше к общей характеристике политического статуса государства, в то время как юрисдикция имеет скорее юридико-технический смысл, будучи связанной с деятельностью судебной системы и статусом судебных органов. Признаем, однако, что очень часто говорят о «судебном суверенитете», и это создает некоторую путаницу. Впрочем, исследуя одно из явлений, например юрисдикцию, невозможно обойтись без анализа, хотя бы краткого, второго явления – суверенитета, тем более что в последнее время понятие суверенитета, суверенности становится центральным во многих документах, имеющих первостепенное значение.

Применительно к международным отношениям суверенитет иногда интерпретируется как «полнота и независимость законодательной, исполнительной и судебной власти государства, исключительная компетенция государства на своей территории»<sup>6</sup>. Другие авторы предпочитают давать более развернутое определение суверенитета. «Государство осуществляет над своей территорией суверенитет, – пишет проф. А.Н. Вылегжанин. – Признаки суверенитета, напомним: верховенство государства в пределах его территории и самостоятельность в международных отношениях»<sup>7</sup>. Для обоснования такой трактовки суверенитета в учебнике МГИМО

<sup>6</sup> Шумилов В.М. *Международное право: учебник*. М.: Юстиция. 2018. С.118.

<sup>7</sup> *Международное право: учебник для академического бакалавриата. В 2 частях. Ч.1.* Под ред. А.Н. Вылегжанина. 3-е изд. М.: Юрайт. 2018. С. 101.

приведена позиция Международного Суда ООН по делу о проливе Корфу 1949 г. «Одной из существенных основ международных отношений между независимыми государствами, – отметил Суд, – является уважение территориального суверенитета». Государство «не вправе реализовывать свое территориальное верховенство на территории другого государства», отмечается в учебнике МГИМО.<sup>8</sup>

Вместе с тем нередко политическое содержание категории суверенитета доминирует над ее юридической формой [Эбзеев 2020:18]. В данном случае имеется в виду прежде всего неоправданно широкое использование модной теории делимости суверенитета, ограничения суверенитета, передачи суверенитета и т. д. Эта теория стала особенно распространенной на рубеже веков, хотя «эрозия государственного суверенитета» произошла, по мнению одного из западноевропейских авторов, Джозефа Мражека, именно в конце прошлого века в силу качественных изменений природы международных отношений, в которых все более активное участие принимают различные международные организации. «Инструменты, связанные с защитой гражданских прав, наряду с развивающимся международным правом, противостоят целому ряду требований, опирающихся на традиционное понимание суверенитета». – «Суверенные государства, – продолжает автор развивать свою позицию относительно ограничения национального суверенитета, – накладывают ограничения на свои суверенные права в пользу международного сотрудничества» [Mrazhek 2019:168].

На примере взаимодействия с ООН Д. Мражек утверждает, что государства-члены, присоединившись к Организации, «сократили» свой суверенитет, или «поделились» суверенитетом [Mrazhek 2019:169-170]. Создается впечатление излишней легкости, с которой западные юристы трактуют категорию государственного суверенитета, производя над этим краеугольным камнем независимости и самостоятельного развития разнообразные опыты. Такой легковес-

ный подход может, как представляется, сыграть с современными государствами злую шутку, незаметно превратив их в доминионы, подчиненные воле менее деликатных и более напористых партнеров. По-видимому, подобное опасение заставило участников Конституционного совещания, при всем разнообразии их взглядов, принять единственно верную формулу защиты государственного суверенитета, закрепив в ст. 67 Конституции положение о защите государством своего суверенитета и территориальной целостности. «Действия, направленные на отчуждение части территории России, а также призывы к таким действиям не допускаются» (п. 2.1. ст. 67)<sup>9</sup>.

Соотношение суверенитета и юрисдикции таково, что вторая представляется одной из граней юридической формы первого. При этом, чтобы не путаться в терминах, ограничим дальнейший анализ рамками такого понимания юрисдикции, которое относится к сфере правосудия. Термин «юрисдикция» (лат. *jurisdiction*) берет свое происхождение из римского правового словаря и означает «право суда осуществлять свою власть в отношении дел определенной категории»; это также «судебная компетенция, подсудность»<sup>10</sup>. Термин в таком значении употреблялся российскими правоведом [Таганцев 1902:286-287]<sup>11</sup> и был воспринят советской юридической терминологией<sup>12</sup>, а впоследствии – современными российскими юристами<sup>13</sup>. При этом во все времена емкое понятие «юрисдикция» в значении «подсудность» включало в себя разные составляющие: выделяли подсудность гражданскую, уголовную и военную<sup>14</sup>; территориальную, ограниченную, производную [Таганцев 1902:286-290]; национальную, международную, параллельную, личную, обязательную и пр. Понятно, что при подобном разнообразии терминов необходимо определиться, о какой именно юрисдикции идет речь, тем более что современные толкования этого термина зачастую напрямую связаны с более общими, глобальными правовыми категориями, такими как «суверенитет», «независимость», «самостоятельность».

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. – *Справочно-правовая система КонсультантПлюс*. Доступ: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_28399/8c6502533e28841baf74c1068f88b162a5e9b4ea/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/8c6502533e28841baf74c1068f88b162a5e9b4ea/) (дата обращения: 18.08.2020).

<sup>10</sup> См.: Латинский словарь юридических терминов и выражений. М.: Феникс. 2000. С. 148.

<sup>11</sup> См.: Брокгауз и Эфрон. Энциклопедический словарь. Т. 47. СПб. 1898. С. 114.

<sup>12</sup> См.: Советский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия. 1987. С. 1577.

<sup>13</sup> Шумилов В.М. *Международное право: учебник*. М.: Юстиция. 2018. С.31–34.

<sup>14</sup> См.: Брокгауз и Эфрон. Энциклопедический словарь. Т. 47. СПб. 1898. С. 120–122.



Б. Вопрос национальной юрисдикции в его трактовке российскими юристами имеет как бы два измерения: то, как российская юридическая наука и практика воспринимают «вторжение» в наше национальное юридическое пространство правовых актов, включая судебные решения иностранных (в том числе международных) институтов; и то, какая юридическая сила придается решениям и постановлениям соответствующих российских учреждений (законодательных органов, судов, следственных органов и т. д.).

Данная категория обычно связывается с описанной выше трактовкой национального суверенитета, поскольку коллизия норм различных национальных правовых систем, а также конкуренция последних с нормами международного права или решениями международных судебных органов не может быть разрешена без установления и понимания иерархии властных полномочий государств и международных институтов, т. е. тех полномочий, которые соответствуют границам государственного суверенитета. Некоторые правоведы идут дальше, рассматривая территориальную юрисдикцию в качестве одного из главных инструментов продвижения национальных интересов на международной арене.

Вот как определяют «национальную юрисдикцию» авторы доклада «Национальная юрисдикция: курс на конкурентоспособность правовой системы России»: «В традиционном, конституционном правовом контексте она (юрисдикция. – А.К.) осмысливается как атрибут правовой системы, лежащей в границах конкретного государства или содружества государств». И тут же авторы ставят задачу создания многостороннего механизма «обеспечения эффективности российской юрисдикции», ее «транстерриториальности» и «трансграничности» [Национальная юрисдикция...2019:9]. Такую активную роль национальной юрисдикции следует признать не вполне характерной для правовой доктрины и практики. Мы вряд ли найдем где-либо за рубежом аналоги столь принципиального формулирования задачи по продвижению национальной юрисдикции, т. е. прежде всего национальных судебных процедур, правил, практик (поскольку, как ни трактуите, юрисдикция – это подсудность и все, что с ней связано), а также доктрины, правовых принципов и инструментов и т. д. Наши зарубежные коллеги обычно просто кон-

статируют достоинства своих правовых систем, своего законодательства, правоприменительной практики, но не стремятся «наступать» по всему правовому фронту с целью доминирования на международном юридическом пространстве.

Повторим, такая цель не ставится открыто, однако на практике происходит именно это – агрессивность национальных систем, экстерриториальность их отдельных элементов провозглашаются законодательно и поддерживаются существующей юридической практикой. Исторически конкуренция правовых систем, как правило, сводилась к соревнованию континентальной и англосаксонской правовых традиций. В советские времена существовала еще одна правовая система – социалистическая, которая осмысливалась правоведами, включая западных, как самостоятельная, во многом если не противоположная, то наверняка существенно отличная от обеих западных систем<sup>15</sup>. В дальнейшем большая часть стран мировой социалистической системы отказалась от социалистического права, переработала свое законодательство в соответствии с западноевропейскими образцами и вошла в состав стран с континентальной системой. Исключение составила Китайская Народная Республика, где сохраняются отдельные элементы социалистической правовой традиции (прежде всего, верховная сила партийных документов, хозяйственных планов развития и т. п.), но и она активно взаимодействует с другими странами в экономической сфере, приспособив свое законодательство к общепринятым правовым стандартам и правилам [БРИКС...2015:191–197].

Вместе с тем исчезновение социалистической системы не устранило проблему соперничества различных правовых систем, зачастую интерпретируемую, как конкуренцию юрисдикций, а лишь модифицировало ее, перенеся акцент на взаимодействие национальных и международных юрисдикций. Хотя явление так называемой трансграничности юрисдикций сохраняется, и это прежде всего касается подхода к юрисдикции американских юристов и американских судов.

На европейском континенте основной теоретической базой защиты национальной юрисдикции выступала концепция Long Arm Statute («закон длинной руки»), подкреплявшаяся возможностью доказать силу своей юрисдикции, если потребуется, вооруженным путем, не взи-

<sup>15</sup> Подробнее см.: [Леже 2011].

рая на двусторонние или многосторонние соглашения. Еще в начале прошлого века известный русский правовед, профессор петербургского Университета Н.С. Таганцев в своих лекциях подробно описал коллизии национальных и международных норм уголовного закона применительно к самым разным уголовным деяниям, уже тогда отмечая исключительно жесткую позицию английских и американских юристов, отстаивавших принцип территориальности в отношении преступлений, совершенных гражданами этих стран за рубежом (т. е. неподсудности этих граждан иностранным судам) [Таганцев 1902:283–366]. В европейском праве по мере развития современных международно-правовых инструментов, помогающих прояснить вопросы юрисдикции (конвенции, соглашения, положения международных судебных органов), силовые методы отошли на второй план, уступив место более цивилизованным формам взаимоотношений<sup>16</sup>. По этому же пути идет правовое регулирование вопросов выбора юрисдикции в международных экономических отношениях в странах с активно развивающейся экономикой, где широко стимулируются разного рода региональные и межрегиональные формы сотрудничества (прежде всего, ШОС и БРИКС), требующие современных, эффективных средств разрешения споров [Larsson 2020:85–98; Lim 2020:99–112; Mandelbaum 2020:113–144].

**В.** Этого нельзя сказать о доктрине и практике Соединенных Штатов, где как раз силовая позиция решения споров о юрисдикции, хоть и с некоторой модификацией, дожила до современности, определив подход американских судов к проблеме экстерриториального действия их решений. «США сегодня, – пишет В.М. Шумилов, – главный носитель международно-правового нигилизма» [Шумилов 2017:74–75].

В формирование американской концепции территориальной юрисдикции основной вклад внесли специалисты по конституционному праву. Это не случайно, поскольку именно из текста четырнадцатой поправки в Конституции Соединенных Штатов вытекают концептуальные основы так называемого надлежащего процесса, которые позволили после достижения колонией

независимости освободиться от британских правил ведения процесса. В дальнейшем эти основы были существенно расширены<sup>17</sup>.

В реальности споры о юрисдикции приобретают, как правило, совершенно практический характер, и влияние американской доктрины, а также возможность «вооруженной рукой» эту доктрину отстоять в самых разных обстоятельствах межгосударственного общения нельзя недооценивать. Поэтому анализ американской концепции юрисдикции, в том числе в международных отношениях, представляется весьма полезным. Юридическая доктрина США разработала довольно сложный и многообразный арсенал подходов и решений к проблеме юрисдикции, который, в принципе, отражает историю экономической экспансии США на мировых рынках, сопровождавшейся активизацией их внешней политики, растущим политическим влиянием и стремлением к глобальному доминированию. Американская юрисдикционная концепция включает в себя такие понятия, как «минимальные контакты», «целенаправленное попадание под юрисдикцию», «общая» и «конкретная» юрисдикции, «непомерная» юрисдикция и т. д.

Американские суды используют эти разнообразные доктринальные, нормативные и практические формулы, содержащиеся в конкретных судебных делах (прецедентах) для решения соответствующих дел, в том числе с участием иностранцев. При этом заметим, что ни в одном международном соглашении по вопросам коллизии юрисдикций Соединенные Штаты участия не принимают. Характерно также, что судебные решения, на которые в настоящее время опирается американская судебная практика, принимались очень давно, их положения носят явно архаичный, далекий от современности характер. И, тем не менее, такие прецеденты сохраняют свою юридическую силу. Наиболее интересен в этом смысле пример так называемого Alien Tort Statute – законодательного акта и основанных на нем многочисленных судебных прецедентов, применение которых вызывает, пожалуй, самые жаркие споры среди американских юристов в связи с очевидно чрезмерной степенью политизированности данного принципа.

<sup>16</sup> Например, см.: Конвенция о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Конвенция Лугано) от 16 сентября 1988 г.; Конвенция о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Брюссельская конвенция) от 7 сентября 1968 г.; Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г.

<sup>17</sup> Подробнее см.: [Клишин, Розенштейн 2018: 60–64].

В 2015 г. в Нью-Йорке, на собрании New York Bar Association действующим судьей Апелляционного суда 2-го округа США Х. Кабранесом была прочитана лекция «Воздержаться от суждений», которую потом напечатал журнал «Россия в глобальной политике» [Кабранес 2016:136–150]. В своей лекции судья делает несколько примечательных заявлений, которые характеризуют особенности восприятия американскими профессиональными юристами, в том числе и наиболее прогрессивно мыслящими из них, задач, стоящих перед американской юриспруденцией, так сказать, в мировом масштабе. «В настоящее время, – утверждает Кабранес, – от гражданского и уголовного права до законов в сфере прав человека американское право регулирует деятельность в разных частях земного шара». «С точки зрения части американских юристов, – продолжает он, – американские законы не знают границ». «Но применение американских законов за рубежом, – признает он далее, – скользкий путь» [Кабранес 2016:137–138].

История возникновения феномена под названием «экстерриториальное действие американского права» вкратце таково. Еще в 1789 г., опьяненная примером Франции, молодая американская республика приняла закон «О правонарушениях в отношении иностранных граждан» (Alien Tort Statute, сокращенно ATS; он также называется Alien Tort Claims Act, сокращенно ATCA), который стал частью первого Судебного Акта, а сам термин «экстерриториальность» в отношении действия решений американских судов появился в 1812 г. благодаря формулировке одного из решений федерального суда США. Закон и соответствующий прецедент были на некоторое время забыты, и это правило не применялось, вопреки попыткам отдельных судей использовать в своих решениях Закон об ATS. Более того, в 1909 г. Верховный Суд США счел необходимым издать вердикт, прямо запрещающий применять американское право за рубежом США. Появилось так называемое правило Холмса (по имени судьи), или правило территориальности, которого американские суды придерживались почти сорок лет, до 1945 г., когда один из федеральных судов ввел в юридический обиход «правило последствий» – принцип экстерриториальности решений американских судов в тех случаях, когда действия иностранцев за рубежом могут привести к пагубным последствиям для интересов США.

Г. На деле применение ATS гораздо шире, официальное основание обращения американских судов к данному прецеденту сводится к объявлению того или иного преступления (дословно tort – это деликт, т. е. правонарушение, наносящее вред пострадавшему от него лицу) нарушающим «право наций», т. е. международное право по терминологии, принятой американским юридическим словарем. Как правило, таковыми признаются также любые действия, нарушающие гражданские права, при самой широкой трактовке этого последнего феномена.

Для пояснения данного положения обычно приводят хрестоматийное дело *Filartiga vs. Pena-Irala*, обстоятельства которого свидетельствуют о том, что два парагвайца, проживающие в США, в 1980 г. обратились в полицию по поводу преступлений (похищение, убийство), совершенных в Парагвае некоторое время назад бывшим шефом полиции, также проживавшим к тому времени на территории Соединенных Штатов. Американский суд апелляционной инстанции пришел к выводу о возможности распространить свою юрисдикцию на данное дело под предлогом нарушения фундаментальных прав, перечень которых содержится во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. С тех пор десятки подобных решений были тиражированы американскими судами [Conn 1981:878–881].

В последние годы американские суды не раз применяли ATS в конкурентной борьбе со своими союзниками – западными корпорациями под предлогом экологических или иных нарушений, допущенных этими корпорациями на территориях, лежащих в соответствии с традиционными канонами вне американской юрисдикции, что вызывало обоснованное возмущение как европейских, так и американских юристов. Эксперты не раз указывали, что в результате массированного применения этого правила, а по сути того самого Федерального закона 1789 г., США осуществляют политику неприкрытого юридического империализма (термин Х. Кабранеса). «США остаются единственной страной в мире, рассматривающей подобные иски», – заявляет судья. – «В последние пять лет тенденция изменилась в пользу принципа территориальности», – продолжает Кабранес [Кабранес 2016:138]. Так, в 2013 г. в деле *Kiobel vs. Royal Dutch Shell* Верховный Суд США ограничил действие американского закона американской территорией, если иное решение не примет своим специальным актом Конгресс США. В реально-

сти, правда, оказалось, что Верховный Суд США лишь подтвердил принцип «экстерриториальности», снабдив механизм его применения добавлением о необходимости укрепить акт «юридического империализма» актом империализма политического.

«На самом деле, – добавляет судья Кабранес, видимо, признавая нелепость утвержденной Верховным Судом конструкции, – применение законов США за пределами американской территории прямо противоречит принципам самоуправления и самоопределения, которые Соединенные Штаты продвигают по всему миру». «Право, – продолжает он, – это лишь один из инструментов, и обычно не самый лучший, для достижения национальных целей» [Кабранес 2016:143-144]. Не вызывает сомнений, что суды вообще нельзя рассматривать в качестве внешнеполитических агентов, поскольку они призваны служить закону, а не внешней политике.

Другое дело, что применение решений американских судов на территории третьих стран происходит в рамках, традиционно принятых в международном праве и внутреннем законодательстве современных государств. Процедуры исполнения решений иностранных судов на территории стран, присоединившихся к соответствующим конвенциям, давно и хорошо известны<sup>18</sup>. Существует и развивается соответствующая доктрина имплементации судебных решений. Такая практика применяется в России, в ней обязательно участвуют национальные суды, конвертирующие решения судов иностранных в национальные судебные документы, действующие на основании российских процессуальных норм. Подобная практика существует и в странах – членах ЕС, и в иных государствах<sup>19</sup>.

## 5. Заключение

Не вызывает сомнения, что развитие России в обозримом будущем не будет про-

стым как с глобальной точки зрения, так и в плане внутренних процессов, присущих этому развитию. Существует мнение, что вся система международных отношений устроена так, чтобы обеспечить преимущества одним странам за счет других. «Под внешним лоском цивилизации, – пишет американский политолог Роберт Каплан в книге “Месть географии”, – сокрыт темный мир человеческих страстей, и, таким образом, центральным вопросом международной политики для реалистов стоит следующий: кто кому что может сделать» [Каплан 2015:48]. Таким выводам политологов не очень хочется верить, а для того, чтобы жила надежда на поддержание более или менее справедливого и безопасного миропорядка, необходимо, на наш взгляд, совместными усилиями всех участников международных отношений сохранять за правом, как национальным, так и международным, то место, которое оно приобрело за время эволюции человеческого общества.

Для решения этой задачи необходимы согласованные усилия правоведов и юристов-практиков разных стран, обмен опытом, совместный анализ различных национальных и международных юридических стандартов, институтов и образцов. Необходимо также концептуальное обновление юридических представлений о возможностях унификации, взаимопроникновения национальных законодательств, обновление самого юридического языка, который во многих случаях перестает быть универсальным и понятным и используется по-разному юристами разных стран и специалистами международных организаций и учреждений. Это – большая и кропотливая работа, но она полностью соответствует тому этапу, на котором находятся национальные правовые системы, международные отношения и обслуживающая их система международного права.

<sup>18</sup> См.: Богуславский М.М. *Международное частное право*. 2-е изд. М.: Международные отношения. 1982. С. 287–325; *Международное право: учебник для академического бакалавриата. В 2 частях. Ч.1*. Под ред. А.Н. Вылегжанина. 3-е изд. М.: Юрайт. 2018. С.271–290.

<sup>19</sup> Подробнее см.: [БРИКС... 2015:144–155].



**Список литературы**

- Агамбен Дж. 2011. *Номос Сакер. Суверенная власть и голая жизнь*. М.: Европа. 256 с.
- Арендт Х. 2000. *Vita activa или О деятельной жизни*. СПб.: Алетейа. 416 с.
- Барциц И.Н. 2020. *Конституционная идентичность и международное право: о конституционализации международного права и интернационализации конституционного права*. М.: Издательский дом «Дело». 144 с.
- Бордачёв Т.В. 2020. Мораль и реализм внешней политики. – *Россия в глобальной политике*. Т. 18. № 1. С. 8–16.
- БРИКС. *Контурь многополярного мира*. Отв. ред. Т. Я. Хабриева. 2015. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. 295 с.
- Буткевич В.Г. Соотношение внутригосударственного и международного права. Киев. 1981. 311 с.
- Всемирная история. От Венского конгресса до наших дней (1815-1910). Т.1*. Под ред. Ю. Пфлуг-Гартунга. 1910. СПб.: Брокгауз-Эфрон. 308 с.
- Вылегжанин А.Н. Вопросы соотношения и взаимодействия международных отношений и международного права./Современная наука о международных отношениях за рубежом. Хрестоматия в трех томах. Под общей редакцией И.С.Иванова. Том 2. М. НП РСМД. 2015. С. 418–433.
- Вылегжанин А.Н., Колосов Ю.М. Международное и национальное (внутригосударственное) право./Международное право. В 2 ч.Ч.1: под ред. А.Н. Вылегжанина. 3-е изд., перераб. и доп.-М. Издательство Юрайт. 2017. С. 19-20.
- Иванов А.Ю. 2016. Дать людям свободу. – *Россия в глобальной политике*. Т. 14. №1. С.88–106.
- Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе*. Под ред. В.В. Лазарева. 2019. М.: Норма; ИНФРА-М. 412 с.
- Исполинов А.С. 2017. Некоторые доктринальные итоги взаимодействия России с Европейским Союзом по правам человека. – *Государство и право*. № 6. С. 26–34.
- Кабранес Х. 2016. Воздержаться от суждений. – *Россия в глобальной политике*. Т. 14. № 4. С. 137–148.
- Каптан Р. 2015. *Местъ географии. Что могут рассказы географические карты о грядущих конфликтах и битве против неизбежного*. М.: КоЛибри. 384 с.
- Клишин А.А., Розенштейн Б.А. 2018. Куда пойдёт истец? Или споры о подсудности в США. – *Юридический мир*. № 9. С.60-64.
- Клишин А.А. 2016. Право и национальные интересы. – *Россия в глобальной политике*. Т. 14. № 4. С. 121–136.
- Леже Р. 2011. *Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход*. М.: Wolters Kluwer Russia. 529 с.
- Мажорина М.В. 2018. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации. – *Право. Журнал Высшей школы экономики*. № 1. С. 193–217. DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.193.217
- Марченко М.Н. 2016. Характерные черты и особенности романо-германского права. – *Государство и право*. №3. С. 5–11.
- Матье Б. 2020. Кризис ценностей, кризис демократии. – *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. № 1. С. 7-9.
- Мюллерсон Р.А. 2016. Нет права без баланса. – *Россия в глобальной политике*. Т. 14. № 4. С. 94-105.
- Национальная юрисдикция: курс на конкурентоспособность правовой системы России: доклад*. Под общ. ред. И. Н. Барцица и А. С. Ерёмченко. 2019. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС. 224 с.
- Правовое пространство: границы и динамика: монография*. Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. 2019. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИНФРА-М. 240 с. DOI: [www.dx.doi.org/10.12737/monography\\_5bc0b04f0a1512.32267135](http://www.dx.doi.org/10.12737/monography_5bc0b04f0a1512.32267135)
- Таганцев Н.С. 1902. *Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Т.1*. СПб.: Государственная типография. 823 с.
- Тихомиров Ю.А. 2017. Право в современном мире: векторы развития. – *Государство и право*. № 5. С.5-10.
- Тихомиров Ю.А. 2020. Право: момент покоя или опережающее воздействие на социальные процессы. – *Журнал российского права*. № 4. С. 5-16. DOI: 10.12737/jrl.2020.038
- Фуко М. 2006. *Безопасность. Территория. Население*. М.: Праксис. 324 с.
- Фукуяма Ф. 2019. *Идентичность. Стремление к признанию и политика неприятия*. М.: Альпина. 257 с.
- Хабриева Т.Я. 2019. Проекция развития конвергентных технологий в праве. – *Сборник трудов конференции «Трансформация парадигмы права в цивилизационном развитии человечества»*. Под общ. ред. А.Н. Савенкова. М.: Институт государства и права. С. 138–152.
- Шпенглер О. 2019. *Закат Европы. Очерки морфологии западной истории. Том 1: Образ и действительность*. М.: Попурри. 656 с.
- Шумилов В.М. 2015. О «глобальном праве» как формирующейся правовой суперсистеме. – *Московский журнал международного права*. №4. С. 4–17. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2015-4-4-17>
- Шумилов В.М. 2017. Глобальная система и её составляющие. – *Государство и право*. № 4. С.72–78.
- Эбзеев Б.С. 2017. Глобализация и становление транснационального конституционализма. – *Юридическая техника*. №11. С. 600–609.
- Эбзеев Б.С. 2020. Актуализация конституции России: собирательный образ поправок президента РФ В.В. Путина и новые смыслы Основного Закона. – *Государство и право*. № 4. С. 7–24. DOI: 10.31857/S013207690009224-8
- Conn R.A., Jr. 1981. The Alien Tort Statute: International Law as the rule of decision. – *Fordham Law Review*. Vol. 49. Issue 5. P. 874–889.
- Kissinger H. 2014. *World order*. New York: Penguin Books. 432 p.
- Larusson H.K. 2020. Legal and Cultural Differences in International Arbitration: The Limits of Harmonisation. – *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 85–98.
- Lim B. 2020. Developing an Asian International Arbitration Culture. – *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 99–112.
- Mandelbaum St. 2020. The Legitimacy of Arbitral Reasoning: On Authority and Authorisation in International Investment Dispute Settlement. – *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Ed. by Alexander J. Bělohávek

- and Naděžda Rozehnalová. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 113–144.
40. Mazhorina M.V. 2019. The Transformation of the State and 'denationalization' of Law in Context of Private International Law. – *Czech Yearbook of International Law*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 133–160.
  41. Mrazhek J. 2019. The Modern Concept of State Sovereignty in International Law. – *Czech Yearbook of International Law*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 161–184.
- ## References
1. Agamben G. Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita (Russ. ed.: Agamben G. *Homo Sacer. Suverennaya vlast' i golaya zhizn'*. Moscow: Evropa Publ. 2011. 256 p.)
  2. Arendt H. Vita Activa oder Vom Tätigen Leben (Russ. ed.: Arendt H. *Vita activa ili O deyatel'noi zhizni*. Saint Petersburg: Aleteia Publ. 2000. 416 p.)
  3. Bartsits I.N. *Konstitutsionnaya identichnost' i mezhdunarodnoe pravo: o konstitutsionalizatsii mezhdunarodnogo prava i internatsionalizatsii konstitutsionnogo prava* [Constitutional identity and international law: on the constitutionalization of international law and the internationalization of constitutional law]. Moscow: Izdatel'skii dom "Delo". 144 p. (In Russ.)
  4. Bordachev T.V. Moral' i realizm vneshnei politiki [Morality and realism of foreign policy]. – *Rossiia v global'noi politike*. 2020. Vol. 18. No. 1. P.8–16. (In Russ.)
  5. BRICS. *Kontury mnogopolyarnogo mira*. Otv. red. T. Ya. Khabrieva [BRICS. The contours of the multipolar world. Ed. By T.Ya. Khabrieva]. Moscow: Institut zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya pri Pravitel'stve Rossiiskoi Federatsii Publ. 2015. 295 p. (In Russ.)
  6. Butkevich V.G. Sootnosheniye vnutrigosudarstvennogo i mezhdunarodnogo prava [Relationship between the national and international law]. Kiev. 1981. 311 pp. (In Russian)
  7. Cabranes J. Vozderzhat'sya ot suzhdenii [Refrain from judgments]. – *Rossiia v global'noi politike*. Vol. 14. No. 4. P. 137–148. (In Russ.)
  8. Conn R.A., Jr. The Alien Tort Statute: International Law as the rule of decision. – *Fordham Law Review*. 1981. Vol. 49. Issue 5. P. 874–889.
  9. Ebzeev B.S. Aktualizatsiya konstitutsii Rossii: sobiratel'nyi obraz popravok prezidenta RF V.V. Putina i novye smysly Osnovnogo Zakona [Actualization of the Constitution of Russia: collective mode of amendments to the President of the Russian Federation V.V. Putin and new meanings of the fundamental law]. – *Gosudarstvo i pravo*. 2020. No. 4. P. 7–24. (In Russ.). DOI: 10.31857/S013207690009224-8
  10. Ebzeev B.S. Globalizatsiya i stanovlenie transnatsional'nogo konstitutsionalizma [Globalization and Formation of Transnational Constitutionalism]. – *Yuridicheskaya tekhnika*. 2017. No.11. P. 600–609. (In Russ.)
  11. Foucault M. Sécurité, territoire, population (Russ. ed.: Foucault M. *Bezopasnost'. Territoriya. Naselenie*. Moscow: Praksis Publ. 2006. 324 p.)
  12. Fukuyama F. Identity: The demand for dignity and the politics of resentment (Russ. ed.: Fukuyama F. *Identichnost'. Stremlenie k priznaniyu i politika nepriyat'ya*. Moscow: Al'pina Publ. 2019. 257 p.)
  13. *Implementatsiya reshenii Evropeiskogo Suda po pravam cheloveka v rossiiskoi pravovoi sisteme*. Pod red. V.V. Lazareva [Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights in the Russian Legal System: concepts, legal approaches and practice. Ed. By V.V. Lazarev]. Moscow: Norma Publ.; INFRA-M Publ. 2019. 412 p. (In Russ.)
  14. Ispolinov A.S. Nekotorye doktrinal'nye itogi vzaimodeistviya Rossii s Evropeiskim Soyuzom po pravam cheloveka [Some doctrinal results of Russia's interaction with the European Union on human rights]. – *Gosudarstvo i pravo*. 2017. No. 6. P. 26–34. (In Russ.)
  15. Ivanov A.Yu. Dat' lyudyam svobodu [Give people freedom]. – *Rossiia v global'noi politike*. 2016. Vol. 14. No. 1. P. 88–106. (In Russ.)
  16. Kaplan R. The Revenge of Geography: What the Map Tells Us About Coming Conflicts and the Battle Against Fate (Russ. ed.: Kaplan R. *Mest' geografii. Chto mogut rasskazat' geograficheskie karty o gryadushchikh konfliktakh i bitve protiv neizbezhnogo*. Moscow: KoLibri Publ. 2015. 384 p.)
  17. Khabrieva T.Ya. Proektsii razvitiya konvergentnykh tekhnologii v prave [Evolution perspectives of convergent technologies]. – *Sbornik trudov konferentsii "Transformatsiya paradigmy prava v tsivilizatsionnom razvitii chelovechestva"*. Pod obshch. red. A.N. Savenkova [Collected works: Law model transformation in civilized evolution of humankind. Ed. by A.N. Savenkov]. Moscow: Institut gosudarstva i prava Publ. 2019. P. 138–152. (In Russ.)
  18. Kissinger H. *World order*. New York: Penguin Books. 2014. 432 p.
  19. Klishin A.A. Pravo i natsional'nye interesy [Law and national interests]. – *Rossiia v global'noi politike*. 2016. Vol. 14. No. 4. P. 121–136. (In Russ.)
  20. Klishin A.A., Rozenshteyn B.A. Kuda poidet istets? Ili spory o podsudnosti v SShA [Where will a claimant refer? Or disputes over jurisdiction in the USA]. – *Yuridicheskii mir*. 2018. No. 9. P.60–64. (In Russ.)
  21. Larusson H.K. Legal and Cultural Differences in International Arbitration: The Limits of Harmonisation. – *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. 2020. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 85–98.
  22. Legeais R. Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative (Russ. ed.: Legeais R. *Velikie pravovye sistemy sovremennosti: sravnitel'no-pravovoi podkhod*. Moscow: Wolters Kluwer Russia Publ. 2011. 529 p.)
  23. Lim B. Developing an Asian International Arbitration Culture. – *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. 2020. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 99–112.
  24. Mandelbaum St. The Legitimacy of Arbitral Reasoning: On Authority and Authorisation in International Investment Dispute Settlement. – *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. 2020. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. P. 113–144.
  25. Marchenko M.N. Kharakternye cherty i osobennosti romano-germanskogo prava [Characteristic features and peculiarities roman-germane (civil) legal family]. – *Gosudarstvo i pravo*. 2017. No. 6. P. 26–34. (In Russ.)

- sudarstvo i pravo*. 2016. No. 3. P. 5-11. (In Russ.)
26. Mathieu B. Krizis tsennosti, krizis demokratii [Value crisis, democracy crisis]. – *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*. 2020. No. 1. P. 7-9. (In Russ.)
  27. Mazhorina M.V. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo v usloviyakh globalizatsii: ot razgosudarstvleniya k fragmentatsii [Private International Law in Context of Globalization: from Privatization to Fragmentation]. – *Pravo. Zhurnal Vysshei shkoly ekonomiki*. 2018. No. 1. P. 193–217. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2018.1.193.217
  28. Mazhorina M.V. The Transformation of the State and 'denationalization' of Law in Context of Private International Law. – *Czech Yearbook of International Law*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. 2019. P. 133-160.
  29. Mrazhek J. The Modern Concept of State Sovereignty in International Law. – *Czech Yearbook of International Law*. Ed. by Alexander J. Bělohávek and Naděžda Rozehnalová. Vol. X. The Hague: Lex Lata B.V. 2019. P. 161-184.
  30. Müllerson R.A. 2016. Net prava bez balansa [There is no law without balance]. – *Rossiya v global'noi politike*. 2016. Vol. 14. No. 4. P. 94-105. (In Russ.)
  31. *Natsional'naya yurisdiksiya: kurs na konkurentosposobnost' pravovoi sistemy Rossii: doklad*. Pod obsh. red. I. N. Bartsitsa i A. S. Eremenko [National jurisdiction: course towards the competitiveness of the legal system of Russia: a report. Ed. by I. N. Bartsits and A. S. Eremenko]. Moscow: Izdatel'skii dom "Delo" RANKhiGS Publ. 2019. 224 p. (In Russ.)
  32. *Pravovoe prostranstvo: granitsy i dinamika: monografiya*. Otv. red. Yu. A. Tikhomirov [Legal Space: Boundaries and Dynamics. A Monograph. Ed. by Yu. A. Tikhomirov]. M.: Institut zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya pri Pravitel'stve Rossiiskoi Federatsii Publ.; INFRA-M Publ. 2020. 240 p. (In Russ.) DOI: [www.dx.doi.org/10.12737/monography\\_5bc0b04f0a1512.32267135](http://www.dx.doi.org/10.12737/monography_5bc0b04f0a1512.32267135)
  33. Shumilov V.M. Global'naya sistema i ee sostavlyayushchie [The global normative system and its components]. – *Gosudarstvo i pravo*. 2017. No. 4. P. 72-78. (In Russ.)
  34. Shumilov V.M. O "global'nom prave" kak formiruyushcheysya pravovoi supersisteme ["Global Law" as Legal Super-System in Formation]. – *Moscow Journal of International Law*. 2015. No. 4. P. 4-17. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2015-4-4-17>
  35. Spengler O. Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte. Band 1. Gestalt Und Wirklichkeit (Russ. ed.: Spengler O. Zakat Evropy. *Ocherki morfologii zapadnoi istorii. Tom 1: Obraz i deistvitel'nost'*. Moscow: Popurri Publ. 2019. 656 p.)
  36. Tagantsev N.S. *Russkoe ugovnoe pravo. Lektsii. Chast' obshchaya. T.1* [Russian Criminal Law. Lectures. General Part. Vol. 1]. Saint Petersburg: Gosudarstvennaya tipografiya Publ. 1902. 823 p. (In Russ.)
  37. Tikhomirov Yu.A. Pravo v sovremennom mire: vektory razvitiya [Law in the modern world: directions of modernization]. – *Gosudarstvo i pravo*. 2017. No. 5. P. C. 5-10. (In Russ.)
  38. Tikhomirov Yu.A. Pravo: moment pokoya ili operezhayushchee vozdeistvie na sotsial'nye protsessy [Law: a moment of stillness or anticipatory impact on social processes]. – *Zhurnal rossiiskogo prava*. 2020. No. 4. P. 5-16. (In Russ.). DOI: 10.12737/jrl.2020.038
  39. *Vsemirnaya istoriya. Ot Venskogo kongressa do nashikh dnei (1815-1910). T.1*. Pod red. J. Pflugk-Harttung [World history. From Congress of Vienna till our days (1815-1910). Vol. 1. Ed. by J. Pflugk-Harttung]. Saint Petersburg: Brokgauz-Efron Publ. 1910. 308 p. (In Russ.)
  40. Vylegzhanin A.N. Voprosi sootnosheniya I vzaimodeystviya mezhdunarodnih otnosheniy I mezhdunarodnogo prava./Sovremennaya nauka o mezhdunarodnih otnosheniyah za rubezhom. (Issues of relationship and interaction of international relations and international law/ Foreign modern science of international relations). Ed. I.S.Ivanov. Moscow. RIAC. 2015. P.418- 433 (In Russ.)
  41. Vylegzhanin A.N., Kolosov Y.M. Mezhdunarodnoye I nationalnoye (vnutrigosudarstvennoye) pravo ./ Mezhdunarodnoye pravo. (International and national (internal) law./ International law. Moscow. 2017. P. 19-20. (In Russ.)

## Информация об авторе

**Алексей Александрович Клишин,**

доктор юридических наук, профессор, Председатель президиума Межтерриториальной коллегии адвокатов «Клишин и Партнеры»

101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 24/7,

[office@klishin.ru](mailto:office@klishin.ru)

ORCID: 0000-0001-7968-4035

## About the Author

**Alexey A. Klishin,**

Honoured Lawyer of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences, Chairman of the Presidium, Klishin & Partners Attorneys at Law

24/7, ul. Myasnitskaya, Moscow, Russian Federation, 101000

[office@klishin.ru](mailto:office@klishin.ru)

ORCID: 0000-0001-7968-4035

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ВОЗДУШНОЕ ПРАВО

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-64-80>

Исследовательская статья  
Поступила в редакцию: 20.10.2020  
Принята к публикации: 22.11.2020

**Александр Александрович БАТАЛОВ**

Представительство Российской Федерации при Международной организации гражданской авиации (ИКАО)

3617, Avenue du Musée, Montreal, H3G 2E1, Canada

[alexbatalov2000@mail.ru](mailto:alexbatalov2000@mail.ru)

ORCID: 0000-0002-9311-9822

# ВСПОМОГАТЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕССЫ ОБРАЗОВАНИЯ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ВОЗДУШНОГО ПРАВА: АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

**ВВЕДЕНИЕ.** В контексте существующей в отечественной международно-правовой доктрине теории «согласования воли» и на основе современной практики государств и международных авиационных организаций, прежде всего, Международной организации гражданской авиации (ИКАО), в статье рассматриваются вспомогательные процессы образования норм международного воздушного права как часть общего процесса создания норм данной отрасли.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** Материалом для исследования являются договоры в области международного воздушного права, резолюции и документы ИКАО, труды российских и зарубежных юристов-международников. Методологическую основу исследования составили общенаучные и частнонаучные методы познания (диалектический, сравнительно-правовой, методы анализа и синтеза, дедукции и индукции).

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** В результате проведенного исследования решены следующие задачи: (1) четко систематизировано все многообразие актов, решений и документов (включая многочисленные документы ИКАО), касающихся деятельности международной гражданской авиации и принимаемых или утверждаемых в рамках

вспомогательных процессов нормообразования или в качестве вспомогательных средств для определения международно-правовых норм; (2) установлено практическое значение, которое имеют указанные вспомогательные процессы нормообразования при создании норм международного воздушного права; (3) выявлены современные проблемы и предложены возможные пути совершенствования процесса нормообразования в международном воздушном праве с учетом интересов Российской Федерации и международного авиационного сообщества в целом.

**ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ.** Оценивая существующие на сегодняшний день вспомогательные процессы образования норм в международном воздушном праве, можно отметить, что они достаточно динамичны и хорошо учитывают современные реалии развития мировой авиации и интересы различных государств. Между тем в последнее время (судя по деятельности ИКАО и других международных авиационных организаций) в международном воздушном праве происходит перенос многих существенных положений из обязательных актов в рекомендательные акты и документы; К тому же государства отстраняются от участия в процессах нормообразования. Намечившиеся тенденции упрощения и ускорения этих процессов могут



иметь весьма негативные последствия для интересов самих государств, достижения единообразия правил, стандартов и процедур, касающихся деятельности международной гражданской авиации, и в итоге даже создавать угрозу безопасности полетов во всем мире.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** международная гражданская авиация, источники международного воздушного права, Международная организация гражданской авиации (ИКАО), международные авиационные организации, международные стандарты, рекомендуемая практика, правила аэронавигационного обслуживания, резолюции, рекомендации, глобальные планы ИКАО, региональные аэронавигационные планы, безопасность полетов

**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:** Баталов А.А. 2020. Вспомогательные процессы образования норм международного воздушного права: актуальные вопросы теории и практики. – *Московский журнал международного права*. № 4. С. 64–80. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-64-80>

*В настоящей статье излагается исключительно личное мнение автора по исследуемым вопросам. Данное мнение и настоящая статья в целом никоим образом не должны рассматриваться в качестве отражения позиции любых учреждений и организаций, с которыми у автора существовали или существуют трудовые, договорные или иные отношения.*

## INTERNATIONAL AIR LAW

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-64-80>

**Alexander A. BATALOV**

Representation of the Russian Federation to International Civil Aviation Organization (ICAO)  
3617, Avenue du Musee, Montreal, Canada, H3G 2E1  
[alexbatalov2000@mail.ru](mailto:alexbatalov2000@mail.ru)  
ORCID: 0000-0002-9311-9822

Research article  
Received October 20, 2020  
Approved November 22, 2020

# THE SUBSIDIARY RULE-MAKING PROCESSES IN INTERNATIONAL AIR LAW: CURRENT ISSUES OF THEORY AND PRACTICE

**INTRODUCTION.** *Within the context of the theory of 'the concordance of the wills of States' developed in the Russian doctrine of international law and on the basis of the contemporary practice of States and international aviation organizations (in particular, International Civil Aviation Organization (ICAO)) the author examines the subsidiary rule-making processes in international air law as the integral part of the whole rule-making process of this branch of international law.*

**MATERIALS AND METHODS.** *The present research has been conducted on the basis of international air law treaties, the resolutions and documents of ICAO, as well as the works of Russian and foreign inter-*

*national law experts. The methodology of the research is based upon general scientific and special methods, including dialectical method, methods of analysis and synthesis, deduction and induction, comparative legal method.*

**RESEARCH RESULTS.** *On the basis of his research the author has been able to achieve the following results: (1) detailed and precise classification of all acts, decisions and documents (including, in particular, numerous ICAO documents) concerning the activities of international civil aviation and adopted or approved within the framework of the subsidiary rule-making processes in international air law; (2) defining the*

*practical importance of these subsidiary rule-making processes within the context of the whole rule-making process of international air law; (3) discovering current problems of the rule-making process in international air law and proposing possible ways of its improvements in view of the interests of the Russian Federation and international aviation community as a whole.*

**DISCUSSION AND CONCLUSIONS.** *After examination of the subsidiary rule-making processes currently existing in the international air law it can be concluded that these processes are rather dynamic and well take into account the contemporary development of global aviation and the interests of different States. At the same time, the recent trends within ICAO and other international aviation organizations towards simplification and acceleration of such rule-making processes by way of shifting many substantial provisions from mandatory into non-mandatory acts and documents or through limitation of the States' participation in these processes can negatively affect the States' interests, impede the achievement of universal uniformity in regulations, standards and procedures and, eventually,*

*even jeopardize the global aviation safety.*

**KEYWORDS:** *international civil aviation, sources of international air law, International Civil Aviation Organization (ICAO), international aviation organizations, international standards, recommended practices, procedures for air navigation services, resolutions-recommendations, ICAO global plans, regional air navigation plans, aviation safety*

**FOR CITATION:** Batalov A.A. The Subsidiary Rule-Making Processes in International Air Law: Current Issues of Theory and Practice. – Moscow Journal of International Law. 2020. No. 4. P. 64–80. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-64-80>

***This article contains exclusively personal opinion of the author. This opinion and this article as a whole, must not be attributed to any institutions and entities, with which the author was affiliated or is currently affiliated through any form of employment or other contractual relationships.***

## 1. Введение

Авиация представляет собой высокотехнологичную, быстрорастущую и передовую отрасль, играющую важнейшую роль в глобальной экономической деятельности. Развитие данной отрасли на всем протяжении XX столетия происходило стремительными темпами: всего лишь несколько десятилетий прошло с момента первых полетов воздушных судов до превращения авиации в эффективное и зачастую незаменимое средство быстрой транспортировки пассажиров, грузов и решения многих других задач государства и экономики. На современном этапе гражданская авиация также активно развивается с применением новых технологий. Это требует от государств и международных организаций неотложного решения новых и все более сложных проблем в области повышения уровня безопасности полетов, управления воздушным движением и обеспечения эффективных и стабильных перевозок на глобальном, региональном и национальном уровнях. Несмотря на огромные экономические и иные трудности, которые на сегодняшний день испытывает

авиатранспортная отрасль из-за ограничений, связанных с коронавирусной пандемией, можно не сомневаться, что гражданская авиация не утратит свое важнейшее значение в качестве средства транспорта и неотъемлемой составляющей мировой экономической системы, а объемы международных авиаперевозок через какое-то время продолжат свой поступательный рост. Согласно оценкам Международной организации гражданской авиации (ИКАО), в настоящее время происходит активное внедрение новых технологий в области аэронавигации, обеспечения авиационной безопасности и обучения авиационного персонала, расширяется использование беспилотных авиационных систем для различных гражданских целей<sup>1</sup>.

Вышеуказанные обстоятельства, связанные с развитием и современным состоянием авиационной отрасли, не могут не влиять на способы правового регулирования межгосударственных отношений в области использования воздушного пространства и деятельности гражданской авиации, а также на процессы создания норм международного воздушного права, которые, как представляется, в некоторой степени, уни-

<sup>1</sup> World Civil Aviation Report. Vol. 3. Montreal. 2019. P. 34, 140, 188, 219.

кальны и характеризуются следующими особенностями:

- сокращение сроков и упрощение процесса создания и изменения норм международного воздушного права;
- широкое участие высококвалифицированного экспертного сообщества в разработке и обсуждении норм международного воздушного права;
- сбалансированное сочетание в процессе регулирования деятельности международной гражданской авиации юридически обязательных норм с актами, носящими рекомендательный характер.

Вместе с тем, наряду с вышеперечисленными особенностями, процессу образования норм международного воздушного права присущи и общие черты, характерные для нормообразования в международном праве в целом. В отечественной международно-правовой доктрине, и в частности, в работах Г.И. Тункина, отмечается, что «процесс образования норм общего международного права включает основные процессы, к которым мы относим те способы образования норм, в результате завершения которых появляется международно-правовая норма, а также вспомогательные процессы, которые являются определенными стадиями процесса становления международно-правовой нормы, но которые, однако, этот процесс не завершают» [Тункин 2000:75]. В случае если процесс нормообразования завершается появлением международно-правовой нормы, последняя находит свое выражение и закрепление в определенной форме, именуемой источником международного права. Следовательно, источник международного права, выступая в качестве формы существования норм международного права, представляет собой конечный результат процесса их создания.

В свою очередь, для установления того, возникла ли в результате процесса нормообразования норма международного права, необходимо определить основные признаки, отличающие ее от социальных, технических норм и каких-либо правил, не носящих нормативного характера. Положения общей теории права и теории международного права позволяют сформулировать следующие признаки, которым должна соответствовать международно-правовая норма:

- 1) формальная определенность нормы, направленной на регулирование отношений между субъектами международного права;
- 2) обязательность (юридическая сила) для субъектов международного права;
- 3) общий характер нормы, которая должна быть рассчитана на неопределенное число случаев, а не представлять собой индивидуальное решение<sup>2</sup>.

Таким образом, как и в международном праве в целом, если в результате процесса нормообразования возникает норма международного воздушного права, соответствующая вышеперечисленным признакам, она закрепляется в одной из форм – источнике международного воздушного права. В тех же случаях, когда норма международного воздушного права, отвечающая всем указанным признакам, не возникает, а есть лишь какое-либо решение (акт), не являющееся обязательным для государств и иных субъектов международного права, можно говорить о незавершившихся стадиях процесса нормообразования, носящих вспомогательный характер.

Как представляется, вышеизложенный подход к анализу процесса создания норм и источников международного воздушного права позволяет, основываясь на современной практике государств и международных организаций (прежде всего, ИКАО), решить следующие задачи:

- более четко систематизировать все многообразие актов, решений и документов, касающихся деятельности международной гражданской авиации, выделив при этом те, которые являются юридически обязательными для государств, и те, которые не носят обязательного характера;
- сформулировать более точные и практически ориентированные рекомендации для государств по поводу их действий в отношении указанных актов, решений и документов, включая многочисленные документы ИКАО;
- выявить проблемы и предложить возможные пути совершенствования процесса нормообразования в международном воздушном праве с учетом интересов Российской Федерации и международного авиационного сообщества в целом.

Вопросы, касающиеся источников международного воздушного права, то есть различных

<sup>2</sup> См., например: [Курс международного права... 1989:24–29; Лукашук 1997:112–124; Общая теория государства... 1998:213–218; Черниченко 2014:81–101; Вельяминов 2015:555–569].

форм, с помощью которых закрепляются нормы этой отрасли, уже были подробно исследованы в нашей предыдущей публикации [Баталов 2020:64-90]. В данной статье внимание будет сконцентрировано на актах, решениях и иных документах, принимаемых (утверждаемых) в рамках так называемых вспомогательных процессов нормообразования или в качестве вспомогательных средств для определения международно-правовых норм.

Все эти акты и документы, принимаемые или утверждаемые в рамках вспомогательных процессов нормообразования или в качестве вспомогательных средств для определения международно-правовых норм, характеризуются тем, что сами по себе они не содержат норм международного воздушного права и, следовательно, не являются юридически обязательными для государств и иных субъектов данной отрасли. Акты и документы, принимаемые или утверждаемые в рамках вспомогательных процессов нормообразования или в качестве вспомогательных средств для определения международно-правовых норм, выполняют две основные функции:

1) представляют собой промежуточный этап в процессе образования норм международного воздушного права; сформулированные в них положения в том или ином виде могут войти в состав международно-правовых норм и найти закрепление в международных стандартах или иных источниках международного воздушного права;

2) являются вспомогательным, но нередко очень важным средством, используемым для толкования и применения международно-правовых норм, содержащихся в международных стандартах или иных источниках международного воздушного права.

Отсутствие юридической обязательности актов и документов, появляющихся в рамках вспомогательных процессов нормообразования, отнюдь не означает, что они не могут быть довольно эффективным регулятором различных вопросов деятельности гражданской авиации и использования воздушного пространства<sup>3</sup>. Однако, как подчеркивается в международно-правовой литературе, важно не смешивать фактическую действенность подобных актов и документов с их юридической обязательностью. Действенность нормы как таковая не делает ее юридической.

Например, «моральные нормы в ряде случаев являются более действенными, чем некоторые юридические нормы, но они продолжают оставаться моральными нормами» [Тункин 2000:158; Shaw 2008:117-118]. Таким образом, несмотря на то, что акты и документы, являющиеся результатами вспомогательных процессов образования норм международного воздушного права, не носят юридически обязательного характера, их практическое значение для регулирования соответствующих межгосударственных отношений нельзя недооценивать, и потому учет интересов и максимально возможное участие государств в их подготовке играет важную роль.

Именно в свете изложенных общих замечаний будут рассмотрены применяющиеся на сегодняшний день вспомогательные процессы образования норм международного воздушного права и различные вспомогательные средства установления этих норм.

## **2. Резолюции и рекомендации международных авиационных организаций**

Международные авиационные межправительственные организации принимают рекомендации по широкому кругу вопросов, входящих в сферу их компетенции. Среди международных авиационных организаций особо следует выделить ИКАО, чья деятельность в области гражданской авиации носит глобальный и универсальный характер как в географическом смысле, так и в отношении регулируемых и рассматриваемых ею вопросов.

Органы ИКАО – прежде всего, Ассамблея и Совет – принимают резолюции и рекомендации, в частности, по следующим вопросам международного воздушного права:

- 1) регулирование международной авиации и обеспечение безопасности полетов;
- 2) экономические (коммерческие) аспекты деятельности воздушного транспорта;
- 3) унификация правил международных воздушных перевозок;
- 4) защита гражданской авиации от актов незаконного вмешательства в ее деятельность;
- 5) упрощение формальностей при международных воздушных перевозках;
- 6) совместное финансирование авиационного обслуживания;

<sup>3</sup> Об эффективности вспомогательных процессов нормообразования в регулировании определенных отношений см., например: [Hagemann, Huddleston Skees, Thierer 2018:97–118].



7) использование глобальных спутниковых технологий для целей связи, навигации и организации воздушного движения;

8) вопросы технического сотрудничества и технической помощи в области международной гражданской авиации;

9) охрана окружающей среды от вредного воздействия гражданской авиации.

Соответствующие рекомендации, касающиеся аэронавигации и международного воздушного транспорта, также принимаются различными специализированными совещаниями (аэронавигационные и всемирные авиатранспортные конференции, конференции высокого уровня по безопасности полетов и др.), проводимыми под эгидой ИКАО с участием ее государств-членов.

Резолюции Ассамблеи ИКАО могут затрагивать какие-то отдельные вопросы межгосударственного сотрудничества в области гражданской авиации: например, защита записей и данных, имеющих отношение к расследованию авиационных происшествий<sup>4</sup>; признание аттестации тренажерных устройств имитации полетов<sup>5</sup>; решение проблем кибербезопасности в гражданской авиации<sup>6</sup>; сотрудничество с региональными организациями и региональными органами гражданской авиации<sup>7</sup> и т. д. Также резолюции могут представлять собой более общие акты, устанавливающие важные направления деятельности ИКАО: например, резолюция А40-4 «Сводное заявление о постоянной политике ИКАО и связанных с ней правилах, касающихся непосредственно аэронавигации»<sup>8</sup>; резолюция А40-9 «Сводное заявление о постоянной политике ИКАО в области воздушного транспорта»<sup>9</sup>; резолюция А40-19 «Сводное заявление о посто-

янной политике и практике ИКАО в области охраны окружающей среды. Система компенсации и сокращения выбросов углерода для международной авиации (CORSIA)»<sup>10</sup> и т. д.

Международные авиационные организации, функционирующие на региональном уровне (Европейская конференция гражданской авиации, Европейская организация по обеспечению безопасности аэронавигации (Евроконтроль), Африканская комиссия гражданской авиации, Латиноамериканская комиссия гражданской авиации и др.), также принимают многочисленные рекомендации, адресованные их государствам-членам<sup>11</sup>. Эти рекомендации посвящены организационным, техническим, экономическим и иным вопросам деятельности гражданской авиации соответствующего региона.

В некоторых зарубежных международно-правовых исследованиях резолюциям и рекомендациям международных авиационных организаций, и в особенности резолюциям Ассамблеи ИКАО, приписывают юридические качества, которых они не имеют и которые, по существу, не предусмотрены учредительными актами этих организаций. Так, по мнению доктора Д. Хуанга, резолюции и рекомендации Ассамблеи ИКАО могут порождать правовые обязательства [Huang 2009:187]. Аналогичной позиции в отношении резолюций и рекомендаций Ассамблеи ИКАО иногда придерживается и юридическая служба ее Секретариата. Она, в частности, полагает, что, поддерживая резолюцию во время сессии Ассамблеи, государство обязуется выполнять ее [Huang 2009:185]. Кроме того, как отмечает Секретариат ИКАО, положения резолюций Ассамблеи фактически могут даже ограничивать

<sup>4</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A40-2) "Protection of accident and incident investigation records". URL: [https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40\\_res\\_prov\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40_res_prov_en.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>5</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A38-10) "Recognition of approval of flight simulation training devices (FSTD)". URL: [https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/a38\\_res\\_prov\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/a38_res_prov_en.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>6</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A40-10) "Addressing Cybersecurity in Civil Aviation". URL: <https://www.icao.int/cybersecurity/Pages/Resources.aspx> (accessed 12.09.2020).

<sup>7</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A37-21) "Cooperation with regional organizations and regional civil aviation bodies". URL: [https://www.icao.int/publications/Documents/10140\\_en.pdf](https://www.icao.int/publications/Documents/10140_en.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>8</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A40-4) "Consolidated statement of continuing ICAO policies and associated practices related specifically to air navigation". URL: [https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40\\_res\\_prov\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40_res_prov_en.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>9</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A40-9) "Consolidated statement of continuing ICAO policies in the air transport field". URL: [https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40\\_res\\_prov\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40_res_prov_en.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>10</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A40-19) "Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection - Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)". URL: [https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/Assembly/Resolution\\_A40-19\\_CORSIA.pdf](https://www.icao.int/environmental-protection/Documents/Assembly/Resolution_A40-19_CORSIA.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>11</sup> По вопросу деятельности региональных международных авиационных организаций см., в частности: [Behind and Beyond the Chicago 2019:83–96; Mendes de Leon 2017:38–42].

исключительные полномочия Совета ИКАО по изменению международных стандартов, предусмотренные Чикагской конвенцией<sup>12</sup>.

Несмотря на значительный авторитет резолюций Ассамблеи ИКАО для международного авиационного сообщества, придавать им большее юридическое значение, чем то, которое определяется в Чикагской конвенции, по нашему мнению, не стоит. Это может иметь весьма негативные последствия: возникает риск искажения воли государств – участников Чикагской конвенции и нарушения нормативной основы функционирования самой ИКАО. Как подчеркивается в отечественной международно-правовой доктрине, «юридическая сила постановлений той или иной международной организации определяется тем актом или теми актами, на основании которых существует и действует эта международная организация» [Тункин 2000:149]. Если государство по той или иной причине действует в соответствии с рекомендательной резолюцией международной организации, это не делает резолюцию юридически обязательной для данного государства [Курс международного права... 1989:214]. Подробный анализ учредительного акта ИКАО – Чикагской конвенции – показывает, что она не содержит каких-либо положений, предоставляющих Ассамблее ИКАО право принимать резолюции, носящие обязательный характер для государств-членов, за исключением обязательных резолюций (решений) по внутриорганизационным вопросам: утверждение бюджета ИКАО, избрание государств для представительства в Совете ИКАО, решение процедурных вопросов и т. п. Также очевидно, что Ассамблея не вправе ограничивать полномочия Совета ИКАО, которыми он наделен на основании Чикагской конвенции<sup>13</sup>. Следовательно, резолюция Ассамблеи, не затрагивающая указанные вопросы внутреннего функционирования

ИКАО, устанавливает лишь пожелания для государств-членов и не налагает на них юридических обязательств. Резолюции Ассамблеи ИКАО, носящие рекомендательный характер, не могут ограничивать волю государств, в том числе государств – членов Совета ИКАО, которые вправе самостоятельно решать, будут ли они придерживаться положений данных резолюций.

Юридическую силу решений (резолюций) региональных международных авиационных организаций, как обоснованно замечает В.Д. Бордунов, также можно оценить однозначно: «в своем большинстве они носят рекомендательный характер, что дает возможность государствам-членам применять их так, как это им подходит в соответствии с их экономическими, техническими и иными возможностями» [Бордунов 1989:148].

Вместе с тем, рассматривая значение резолюций и рекомендаций международных авиационных организаций в создании и применении норм международного воздушного права, следует отметить, что они играют, хотя и вспомогательную, но весьма важную роль в этих процессах, выполняя следующие функции:

– резолюции и рекомендации способны стать отправным пунктом для договорного процесса, в результате которого могут появиться обязательные для государств нормы международного договора. Так, резолюции Ассамблеи ИКАО А21-22 и А22-28, рассматривающие роль государства регистрации воздушного судна при его аренде, фрахтовании или взаимном обмене, стали основой для разработки поправки к Чикагской конвенции – статьи 83*bis* о передаче определенных функций и обязанностей от государства регистрации воздушного судна государству эксплуатанта. А многие модельные статьи Типового двустороннего соглашения о воздушном сообщении, разработанные ИКАО и принятые в качестве рекомендации на V Всемирной

<sup>12</sup> С учетом подпункта к) ст. 49 и подпункта l) ст. 54 Чикагской конвенции принятие международных стандартов и рекомендуемой практики, содержащихся в Приложениях к Чикагской конвенции, относится к исключительной компетенции Совета ИКАО, и поэтому Ассамблея не вправе рассматривать данный вопрос. Тем не менее согласно позиции Секретариата ИКАО, высказанной им в ходе 220-й сессии Совета ИКАО в мае-июне 2020 г., изменения к международным стандартам тома IV Приложения 16 к Чикагской конвенции, касающимся Системы компенсации и сокращения выбросов углерода для международной авиации (CORSIA), могут быть приняты Советом ИКАО только после обсуждения и разрешения Ассамблеи ИКАО, в том случае, если данные изменения будут отклоняться от положений резолюций 39-й и 40-й сессий Ассамблеи, которые изначально определили основные параметры системы CORSIA.

<sup>13</sup> По вопросу компетенции органов международных организаций в рамках их внутриорганизационного механизма, включая Ассамблею и Совет ИКАО см., в т. ч.: [Шибеева 1986:51–59; Мильде 2017:166–177].

авиатранспортной конференции в 2003 г., впоследствии были использованы в двусторонних межправительственных соглашениях о воздушном сообщении<sup>14</sup>;

– единогласно принятые резолюции и рекомендации Ассамблеи ИКАО могут оказывать влияние на создание обычных норм международного воздушного права и в определенных случаях служить свидетельством наличия *opinio juris* государств, то есть подтверждением стадии согласования их воли в отношении международного обычая<sup>15</sup>;

– резолюции и рекомендации могут выступать в качестве средств толкования действующих принципов и норм международного воздушного права, способствуя тем самым достижению четкости и единообразия в их применении государствами. Например, несмотря на то, что ст. 30 Чикагской конвенции указывает, что радиопередающая аппаратура на борту воздушных судов может использоваться только членами летного экипажа, имеющими специальное разрешение, резолюция Ассамблеи ИКАО А29-19 содержит толкование данной статьи, согласно которому ее положения фактически не препятствуют авиапассажирам использовать мобильные средства связи для передачи радиосообщений, не относящихся к безопасности полетов<sup>16</sup>;

– резолюции и рекомендации могут призывать государства ратифицировать различные многосторонние договоры по вопросам международного воздушного права, стимулируя таким образом завершение процесса согласования воли государств при создании договорных норм и помогая расширять количество участников данных международных договоров. Например, резолюция Ассамблеи ИКАО А40-11 настоятельно призывает государства-члены, которые еще не сделали этого, стать участниками Конвенции о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации (2010), Протокола, изменяющего Конвенцию о преступлениях и некоторых других актах, совершаемых

на борту воздушных судов (2014), и иных международных договоров в области авиационной безопасности<sup>17</sup>).

### 3. Рекомендуемая практика

Рекомендуемая практика принимается и изменяется ИКАО вместе с международными стандартами на основании Чикагской конвенции и является составной частью Приложений к ней. Следовательно, рекомендуемая практика касается тех же вопросов деятельности международной гражданской авиации, которые регулируются международными стандартами.

Процедура разработки, рассмотрения, принятия и вступления в силу рекомендуемой практики полностью идентична процедуре, применяемой в отношении международных стандартов. Более того, при обсуждении и принятии поправок к Чикагской конвенции Совет ИКАО и АНК всегда рассматривают международные стандарты и рекомендуемую практику как единое целое.

Однако юридическая природа рекомендуемой практики коренным образом отличается от международных стандартов. В то время как последние содержат в себе нормы международного воздушного права, являющиеся юридически обязательными для государств – членов ИКАО, рекомендуемая практика, в полном соответствии со своим названием, носит лишь рекомендательный характер. Именно такая позиция отражена во всех документах ИКАО, определяющих понятие «рекомендуемая практика» как «любое требование к физическим характеристикам, конфигурации, материальной части, техническим характеристикам, персоналу или правилам, единообразное применение которого **признается желательным** для обеспечения безопасности, регулярности или эффективности международной аэронавигации и которое **будут стремиться соблюдать Договаривающиеся государства** согласно Конвенции»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Более подробно о вопросах, регулируемых соглашениями о воздушном сообщении или соглашениями о воздушном транспорте, см., например: [Dempsey 2008:583–660; Jae Woon Lee 2016:103–146].

<sup>15</sup> По данному вопросу см., например: [Thirlway 2014:79–81].

<sup>16</sup> См. также: [Черниченко 2014:173].

<sup>17</sup> ICAO: Resolution of the Assembly (A40-11) "Consolidated statement on continuing ICAO policies related to aviation security". URL: [https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40\\_res\\_prov\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/Resolutions/a40_res_prov_en.pdf) (accessed 12.09.2020)

<sup>18</sup> ИКАО: Резолюция Ассамблеи (A37-15) "Сводное заявление о постоянной политике ИКАО и связанных с ней правилах, касающихся непосредственно аэронавигации". Доступ: [https://www.icao.int/Meetings/AMC/Assembly37/Documents/ProvisionalEdition/a37\\_res\\_prov\\_ru.pdf](https://www.icao.int/Meetings/AMC/Assembly37/Documents/ProvisionalEdition/a37_res_prov_ru.pdf) (дата обращения: 12.09.2020).

#### 4. Правила аэронавигационного обслуживания

Разработка и утверждение правил аэронавигационного обслуживания (далее – ПАНС<sup>19</sup>) прямо не предусмотрены в Чикагской конвенции, однако в практике Совета ИКАО данный вид документов появился почти сразу после создания самой организации. Как и в случае с Приложениями к Чикагской конвенции и поправками к ним, предложения в отношении ПАНС могут разрабатываться группами экспертов АНК, специальными исследовательскими (рабочими) группами Секретариата ИКАО или специализированными аэронавигационными совещаниями ИКАО. Затем проекты ПАНС проходят процессы предварительного и окончательного рассмотрения в АНК и консультаций с государствами. Но в отличие от Приложений к Чикагской конвенции, принимаемых Советом ИКАО двумя третями голосов в соответствии со ст. 90 этой конвенции, ПАНС лишь утверждаются АНК и Президентом Совета и вступают в силу сразу после такого утверждения.<sup>20</sup>

На сегодняшний день существует шесть сборников (документов) ИКАО, содержащих ПАНС по различным вопросам деятельности гражданской авиации:

- Правила аэронавигационного обслуживания «Организация воздушного движения» (PANS-ATM) – документ ИКАО 4444;
- Правила аэронавигационного обслуживания «Производство полетов воздушных судов» (PANS-OPS) – документ ИКАО 8168;
- Правила аэронавигационного обслуживания «Подготовка персонала» (PANS-TRG) – документ ИКАО 9868;
- Правила аэронавигационного обслуживания «Аэродромы» (PANS-Аэродромы) – документ ИКАО 9981;
- Правила аэронавигационного обслуживания «Управление аэронавигационной информацией» (PANS-AIM) – документ ИКАО 10066;

– Правила аэронавигационного обслуживания «Сокращения и коды ИКАО» (PANS-ABC) – документ ИКАО 8400.

ПАНС, с учетом их юридической природы, носят рекомендательный характер. Это прямо указано в каждом из вышеперечисленных документов ИКАО<sup>21</sup>. А выделение ПАНС в отдельную категорию документов, утверждаемых органами ИКАО, вместо включения их положений в качестве международных стандартов или рекомендуемой практики в Приложения к Чикагской конвенции, в основном обусловлено следующими причинами.

Во-первых, ПАНС могут содержать материал, который еще не достиг уровня проработки и стабильности, необходимого для приобретения статуса международных стандартов или даже рекомендуемой практики [Weber 2017:77-78]. При этом не исключено, что соответствующий уровень будет достигнут с течением времени и положения ПАНС превратятся в международные стандарты или рекомендуемую практику. Например, действовавшие ранее ПАНС, касавшиеся метеорологического обеспечения международной аэронавигации, а также поиска и спасания, были отменены после принятия Советом ИКАО Приложения 3 «Метеорологическое обеспечение международной аэронавигации» и Приложения 12 «Поиск и спасание» к Чикагской конвенции.

Во-вторых, ПАНС могут включать более детализированный по сравнению с международными стандартами материал. Это необходимо для иллюстрации основных принципов, заложенных в Приложениях к Чикагской конвенции, и, в частности, для оказания пользователям помощи в применении международных стандартов. Например, в Приложении 11 «Обслуживание воздушного движения», устанавливающим международные стандарты выбора минимумов эшелонирования в заданной части воздушного пространства, отмечается, что подробные данные о действующих минимумах эшелонирования содержатся в Правилах аэронавигационного обслуживания «Организация воздушного движения» (PANS-ATM)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Аббревиатура ПАНС образована от наименования данного вида документов на английском языке – Procedures for Air Navigation Services (PANS).

<sup>20</sup> Указанный порядок утверждения ПАНС основан на решении Совета ИКАО от 15 марта 1999 г.

<sup>21</sup> Например, ICAO: Procedures for Air Navigation Services "Aeronautical Information Management". URL: <https://store.icao.int/en/aeronautical-information-management-doc-10066> (accessed 12.09.2020).

<sup>22</sup> Пункт 3.4 Приложения 11 к Конвенции о международной гражданской авиации «Обслуживание воздушного движения». 15-е изд. С. 3-4. Доступ: <http://www.caakz.com/wp-content/uploads/2020/03/prilozhenie-11.-obslyuzhivanie-vozdušnogo-dvizheniya.pdf> (дата обращения: 10.09.2020).



Ведомства гражданской авиации, органы обслуживания воздушного движения, эксплуатанты и иные службы и организации государств – членов ИКАО стараются придерживаться ПАНС в своей деятельности. Несмотря на отсутствие юридической обязательности, положения ПАНС имеют весьма важное значение для упорядоченного и единообразного функционирования различных элементов системы международной гражданской авиации. Не случайно в резолюциях Ассамблеи ИКАО неоднократно подчеркивалось, что эффективное выполнение ПАНС, наряду с международными стандартами и рекомендуемой практикой, способствует безопасному, надежному и устойчивому развитию международной гражданской авиации<sup>23</sup>.

В целом позитивно оценивая роль ПАНС в процессах создания и применения норм международного воздушного права, отметим следующее. С одной стороны, ПАНС, детализируя положения, содержащиеся в международных стандартах, помогают государствам более точно применять их. Однако, с другой стороны, ПАНС остаются документами, носящими рекомендательный характер. И наметившаяся в последнее время в ИКАО тенденция принятия упрощенных и более общих международных стандартов за счет переноса детальных положений в ПАНС несет риск ослабления нормативной основы международного воздушного права и снижения эффективности регулирования деятельности международной гражданской авиации, что в итоге может препятствовать достижению максимального единообразия этого регулирования.

#### 4. Дополнительные региональные правила

Как и ПАНС, дополнительные региональные правила ИКАО (далее – САПС<sup>24</sup>) носят рекомендательный характер, а процедура их утверждения аналогична процедуре, применяемой в

отношении ПАНС. Однако если ПАНС предназначены для применения в глобальном масштабе, то САПС и поправки к ним разрабатываются на региональных совещаниях с учетом специфики аэронавигации в отдельных аэронавигационных регионах ИКАО.

На сегодняшний день действуют следующие САПС для соответствующих регионов ИКАО<sup>25</sup>:

- Дополнительные региональные правила региона Африки и Индийского океана (AFI);
- Дополнительные региональные правила Карибского региона (CAR);
- Дополнительные региональные правила Европейского региона (EUR);
- Дополнительные региональные правила региона Ближнего Востока и Азии (MID/ASIA);
- Дополнительные региональные правила Североамериканского региона (NAM);
- Дополнительные региональные правила Североатлантического региона (NAT);
- Дополнительные региональные правила Тихоокеанского региона (PAC);
- Дополнительные региональные правила Южноамериканского региона (SAM).

#### 5. Глобальные планы ИКАО

Появление первых глобальных планов ИКАО относится к 90-м годам XX столетия и полностью согласуется с основными целями и задачами ИКАО, установленными Чикагской конвенцией. В частности, ст. 44 Чикагской конвенции ставит целью ИКАО «содействие планированию и развитию международного воздушного транспорта»<sup>26</sup>.

На сегодняшний день существует три глобальных плана ИКАО: Глобальный аэронавигационный план (далее – ГАНП), Глобальный план обеспечения безопасности полетов (далее – ГПБП) и Глобальный план обеспечения авиационной безопасности (далее – ГПАБ). ГАНП,

<sup>23</sup> Например: ICAO: Resolution of the Assembly (A38-11) "Formulation and implementation of Standards and Recommended Practices (SARPs) and Procedures for Air Navigation Services (PANS) and notification of difference". URL: [https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/a38\\_res\\_prov\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a38/Documents/Resolutions/a38_res_prov_en.pdf) (accessed 12.09.2020); ICAO: Resolution of the Assembly (A39-22) "Formulation and implementation of Standards and Recommended Practices (SARPs) and Procedures for Air Navigation Services (PANS) and notification of differences". URL: [https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Resolutions/a39\\_res\\_prov\\_en.pdf](https://www.icao.int/Meetings/a39/Documents/Resolutions/a39_res_prov_en.pdf) accessed 12.09.2020)

<sup>24</sup> Аббревиатура САПС образована от наименования данного вида документов на английском языке – Regional Supplementary Procedures (SUPPS).

<sup>25</sup> ICAO: Regional Supplementary Procedures. 2008. URL: [https://code7700.com/pdfs/icao/icao\\_doc\\_7030.pdf](https://code7700.com/pdfs/icao/icao_doc_7030.pdf) (accessed 10.09.2020).

<sup>26</sup> Статья 44 Конвенции о международной гражданской авиации 1944 г. 9-е изд. Доступ: [https://www.icao.int/publications/Documents/7300\\_9ed.pdf](https://www.icao.int/publications/Documents/7300_9ed.pdf) (дата обращения: 10.09.2020).

ГПБП и ГПАБ служат средством реализации стратегических целей ИКАО и направлены на обеспечение безопасных, надежных и экономически эффективных авиаперевозок, не наносящих вред окружающей среде.

ГАНП помогает государствам-членам и регионам ИКАО определить их приоритетные задачи в области аэронавигации в пятнадцатилетней перспективе. ГАНП предоставляет всем государствам комплексный инструмент планирования, обеспечивающий поддержку согласованной глобальной аэронавигационной системы, определяет все имеющиеся на сегодняшний день возможности для усовершенствования аэронавигационных средств, содержит подробную информацию о технологиях наземных и бортовых радиоэлектронных средств следующего поколения, которые будут использоваться во всем мире. Таким образом ГАНП является ориентиром для государств – членов ИКАО при принятии ими стратегических решений, касающихся индивидуального планирования в сфере аэронавигации. В настоящее время действует шестое издание ГАНП, утвержденное Советом ИКАО в 2019 г. и представленное в интерактивном формате на официальном портале ИКАО<sup>27</sup>.

ГПБП определяет стратегию, которая способствует приоритизации и постоянному повышению уровня безопасности полетов<sup>28</sup>. Содержащаяся в ГПБП глобальная «дорожная карта» обеспечения безопасности полетов служит планом действий для государств – членов ИКАО и международного авиационного сообщества в целом, предоставляя структурированную систему ориентиров. Действующее на сегодняшний день третье издание ГПБП, утвержденное Советом ИКАО в 2019 г., ставит в качестве желательной цели сведение к нулю числа погибших в авиационных происшествиях при коммерческих авиаперевозках к 2030 г. и поддержание такого уровня в последующие годы<sup>29</sup>.

ГПАБ устанавливает согласованные на международном уровне приоритетные действия, задачи и цели в области авиационной безопас-

ности, то есть в области обеспечения защиты гражданской авиации от актов незаконного вмешательства в ее деятельность. ГПАБ – основа совместной работы государств – членов ИКАО, представителей авиационной отрасли и самой ИКАО, направленной на повышение уровня авиационной безопасности во всем мире и на достижение следующих ключевых результатов:

- а) улучшение осведомленности о рисках и реагирования на них;
- б) развитие культуры авиационной безопасности;
- в) расширение технических ресурсов и поощрение инноваций;
- г) усовершенствование надзора и контроля качества;
- д) развитие сотрудничества и поддержки.

ГПАБ является относительно новым документом, одобренным Советом лишь в 2017 г.<sup>30</sup>

Все три вышеперечисленных глобальных плана дополняют друг друга. Например, ГАНП за счет усовершенствований в различных авиационных технических системах обеспечивает достижение целей ГПБП и ГПАБ, повышая уровень безопасности полетов и авиационной безопасности аэронавигационной системы, а ГПАБ, в свою очередь, способствует реализации цели ГПБП – сведения к нулю числа погибших в авиационных происшествиях.

Как уже отмечалось, ГАНП, ГПБП и ГПАБ утверждаются или одобряются Советом ИКАО, а ГАНП и ГПБП дополнительно должны быть одобрены в резолюции Ассамблеи ИКАО. Конечно, все три глобальных плана носят общий рекомендательный характер. Однако они являются важным ориентиром при планировании деятельности ИКАО, в том числе в области разработки и принятия международных стандартов и иных документов, а также помогают государствам – членам ИКАО правильно расставлять приоритеты в регулировании деятельности международной гражданской авиации на национальном и региональном уровнях.

<sup>27</sup> См.: The Global Air Navigation Plan Portal. URL: <https://www4.icao.int/ganportal/> (accessed 12.09.2020).

<sup>28</sup> О значении Глобального плана обеспечения безопасности полетов ИКАО для повышения уровня безопасности полетов см., в частности: [Ratajczyk 2015:10-11].

<sup>29</sup> ИКАО: Глобальный план обеспечения безопасности полетов, 2020–2022. Доступ: [https://www.icao.int/publications/Documents/10004\\_ru.pdf](https://www.icao.int/publications/Documents/10004_ru.pdf) (дата обращения: 10.09.2020).

<sup>30</sup> ICAO: Global Aviation Security Plan. 2017. URL: <https://www.icao.int/Security/Documents/GLOBAL%20AVIATION%20SECURITY%20PLAN%20EN.pdf> (accessed 12.09.2020).

## 6. Региональные аэронавигационные планы

Региональные аэронавигационные планы (далее – РАНП) содержат подробную информацию о средствах, службах и процедурах, необходимых для обеспечения международной аэронавигации в соответствующих регионах ИКАО. РАНП решают, в частности, следующие задачи:

- обеспечивают планирование и внедрение аэронавигационных систем в конкретном регионе (регионах) в соответствии с глобальным и региональным планированием;
- используются в качестве информационного документа, возлагающего на государства ответственность за предоставление аэронавигационных средств и служб в пределах конкретных зон;
- содержат требования к средствам и службам, которые должны быть внедрены государствами в соответствии с региональными аэронавигационными соглашениями;
- содержат положения, которым государства могут следовать при составлении программ предоставления своих аэронавигационных средств и служб, с гарантией, что они, вместе со средствами и службами других государств, создадут интегрированную систему, способную надлежащим образом удовлетворить потребности отрасли в обозримом будущем;
- могут служить основой для сборов за аэронавигационное обслуживание, предоставляемое или обеспечиваемое пользователям воздушного пространства.

Существуют следующие РАНП:

- РАНП Африки и Индийского океана (AFI ANP);
- РАНП Карибского и Южноамериканского регионов (CAR/SAM ANP);
- РАНП Европейского региона (EUR ANP);
- РАНП региона Ближнего Востока (MID ANP);
- РАНП региона Азии и Тихоокеанского региона (APAC ANP);
- РАНП Североамериканского региона (NAM ANP);

– РАНП Североатлантического региона (NAT ANP).

18 июня 2014 г. Совет ИКАО принял решение, что все РАНП должны издаваться в трех томах, для каждого из которых предусматривается отдельная процедура утверждения и внесения изменений.

Первый том РАНП содержит наиболее стабильные положения, связанные с планированием и внедрением аэронавигационных средств и служб, поэтому изменения к нему должны утверждаться Советом ИКАО либо от его имени Президентом Совета. Данные изменения могут быть предложены любым государством – членом ИКАО или группой государств и переданы через соответствующее региональное бюро Генеральному секретарю ИКАО, который затем направляет их тем государствам, чьи интересы могут быть затронуты указанными изменениями. При отсутствии возражений со стороны каких-либо государств представленные изменения к РАНП утверждаются Президентом Совета ИКАО, а при наличии возражений – передаются на рассмотрение соответствующей региональной группы планирования и осуществления проектов ИКАО<sup>31</sup> и затем АНК. В этом случае лишь после положительного решения АНК изменения к РАНП рекомендуются для утверждения Советом ИКАО.

Изменения ко второму тому РАНП, содержащему более «динамичные» положения, согласуются и принимаются в рамках соответствующей региональной группы планирования и осуществления проектов ИКАО без участия Совета. И лишь в случаях, когда государства не могут достигнуть соглашения относительно изменения второго тома РАНП на уровне указанной региональной группы, возникающая проблема представляется на рассмотрение АНК, которая дает рекомендации Совету ИКАО по поводу изменения РАНП.

Что касается третьего тома РАНП, то изменения к нему полностью относятся к компетенции соответствующей региональной группы планирования и осуществления проектов ИКАО.

В связи с вышеизложенной процедурой утверждения и изменения РАНП в некоторых за-

<sup>31</sup> Региональные группы по планированию и осуществлению проектов ИКАО (PIRG) были созданы Советом ИКАО в качестве форума сотрудничества государств соответствующего региона в целях определения региональных приоритетов и показателей, относящихся к аэронавигации. Например, Российская Федерация участвует в работе Европейской группы по планированию и осуществлению проектов, которая с 2019 г. носит название «Европейская группа планирования авиационных систем».

рубежных международно-правовых исследованиях делаются попытки преувеличить правовой статус РАНП, характеризуя их как разновидность соглашения между государствами, имеющего для них обязательную юридическую силу [van Antwerpen 2008:162]. Однако ни в Чикагской конвенции, ни в самих РАНП нет каких-либо положений, поддерживающих данный вывод. Напротив, более ранние издания РАНП прямо указывали, что в них «содержатся рекомендации, которые правительства могут использовать в процессе планирования предоставления своих аэронавигационных средств и служб...»<sup>32</sup>. В другом документе ИКАО, касающемся регионального сотрудничества («Директивы региональным аэронавигационным совещаниям и правила процедуры их проведения»), также отмечается, что РАНП содержат рекомендации для государств соответствующего региона ИКАО<sup>33</sup>.

Сама процедура утверждения и изменения РАНП, хотя внешне и напоминает процедуру достижения соглашения между государствами ИКАО, на практике сильно зависит от односторонних решений ее органов. В частности, как справедливо отмечает профессор Ю.Н. Малеев, Генеральный секретарь ИКАО и АНК обладают довольно широкими правами по определению порядка действий и принятию окончательных решений в отношении поправок к РАНП [Международное воздушное право... 1980:98].

Между тем, несмотря на рекомендательный характер РАНП, они играют важную роль в регулировании международной аэронавигации. РАНП обеспечивают взаимосвязь между рекомендуемой практикой ИКАО, ГАНП и международными стандартами, с одной стороны, и планами государств, а также фактическими результатами внедрения универсальных норм и рекомендаций ИКАО на национальном уровне, с другой стороны.

## 7. Руководства, циркуляры и инструктивные материалы ИКАО

В практике регулирования деятельности международной гражданской авиации различные руководства, циркуляры и инструктивные материалы ИКАО занимают значительное место – как в связи с их количеством и объемом, так и в связи с важностью рассматриваемых в них вопросов<sup>34</sup>.

Руководства ИКАО (*Manuals*) содержат подробный инструктивный и информационный материал, содействующий единообразному применению международных стандартов и рекомендуемой практики ИКАО или касающийся отдельных вопросов деятельности гражданской авиации<sup>35</sup>. Так, Руководство по авиационной медицине имеет важное значение для единообразного применения международных стандартов и рекомендуемой практики Приложения 1 «Выдача свидетельств авиационному персоналу» к Чикагской конвенции<sup>36</sup>, а Руководство по авиационной метеорологии обобщает и дополняет положения Приложения 3 «Метеорологическое обеспечение международной аэронавигации» к Чикагской конвенции<sup>37</sup>. В то же время, например, целью Руководства по регулированию международного воздушного транспорта является лишь предоставление объективного информационного материала по вопросам регулирования коммерческой деятельности воздушного транспорта<sup>38</sup>, поскольку какие-либо международные стандарты ИКАО по данным вопросам крайне ограничены.

Циркуляры ИКАО (*Circulars*), предназначенные для распространения специализированной информации, представляющей интерес для государств – членов ИКАО, могут содержать рекомендации и примеры передовой практики в какой-либо сфере деятельности гражданской

<sup>32</sup> См., например: European Region Air Navigation Plan. Vol. 1. 2001. URL: <https://standards.globalspec.com/std/1015010/icao-7754> (accessed 12.09.2020).

<sup>33</sup> ICAO: Directives to Regional Air Navigation Meetings and Rules of Procedure for their Conduct. 1991. P.4. URL: [http://www.icscc.org.cn/upload/file/20200511/20200511090523\\_57346.pdf](http://www.icscc.org.cn/upload/file/20200511/20200511090523_57346.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>34</sup> О значении руководств и инструктивных материалов ИКАО, в частности, см.: [Abeyratne 2016:191-200].

<sup>35</sup> См.: ICAO: Publications Regulations. 2020. URL: <https://store.icao.int/en/icao-publications-regulations-doc-7231> (accessed 12.09.2020).

<sup>36</sup> ИКАО: Руководство по авиационной медицине. 2012. Доступ: [https://www.icao.int/publications/Documents/8984\\_cons\\_ru.pdf](https://www.icao.int/publications/Documents/8984_cons_ru.pdf) (дата обращения: 20.07.2020).

<sup>37</sup> ICAO: Manual of Aeronautical Meteorological Practice. 2017. URL: <http://www.icscc.org.cn/upload/file/20190102/Doc.8896-EN%20Manual%20of%20Aeronautical%20Meteorological%20Practice.pdf> (accessed 12.09.2020).

<sup>38</sup> ICAO: Manual on the Regulation of International Air Transport. 2018. URL: <https://www.icao.int/sustainability/pages/doc9626.aspx> (accessed 12.09.2020).



авиации<sup>39</sup>. Например, циркуляр 330 «Сотрудничество гражданских и военных органов при организации воздушного движения» содержит рекомендации и примеры успешных практических форм сотрудничества гражданских и военных органов<sup>40</sup>. А информация циркуляра 347 «Принципы внедрения слежения за воздушными судами» основана на используемом в авиационной отрасли опыте применения хорошо известных и передовых технологий слежения за воздушными судами<sup>41</sup>. Таким образом, в отличие от руководств ИКАО, циркуляры носят в большей степени информационный характер, хотя в некоторых случаях систематизированная в них информация может быть полезна государствам, в том числе для толкования и применения норм международного воздушного права.

Инструктивные материалы ИКАО (*Guidance*) также содержат необходимые рекомендации и практическую информацию для государств-членов. Однако, в отличие от руководств и циркуляров, эти рекомендации и информация могут касаться более широкого круга вопросов, входящих в компетенцию ИКАО, и не затрагивать технические аспекты применения международных стандартов и рекомендуемой практики. В частности, были утверждены инструктивные материалы ИКАО по различным вопросам охраны окружающей среды от вредного воздействия гражданской авиации. Например, Инструктивный материал по сбалансированному подходу к управлению авиационным шумом<sup>42</sup> или Инструктивный материал по сборам за авиационную эмиссию, связанным с местным качеством воздуха<sup>43</sup>. В связи с коронавирусной пандемией и ее влиянием на мировой воздушный транспорт

1 июня 2020 г. был утвержден Инструктивный материал по осуществлению воздушных перевозок во время кризиса общественного здравоохранения, вызванного COVID-19, который предоставил государствам и авиационной отрасли комплексные рекомендации по снижению рисков для пассажиров и авиационного персонала в период пандемии<sup>44</sup>.

Все вышеперечисленные документы, за некоторыми исключениями, утверждаются Генеральным секретарем ИКАО и предоставляются государствам в форме официальных публикаций ИКАО<sup>45</sup>. Эти документы носят рекомендательный характер, однако их вспомогательное значение для толкования и применения норм международного воздушного права, содержащихся, прежде всего, в международных стандартах, может быть настолько велико, что ведомства гражданской авиации государств – членов ИКАО без соответствующих руководств ИКАО зачастую бывает очень сложно внедрить на национальном уровне принятые международные стандарты. Именно поэтому постоянная работа экспертов и Секретариата ИКАО по изданию и обновлению руководств, циркуляров и инструктивного материала несомненно необходима и очень полезна. Однако следует учитывать, что наполнение всех указанных документов ИКАО все более существенными положениями за счет упрощения международных стандартов может иметь весьма негативные последствия для интересов государств, поскольку данные документы ИКАО утверждаются только ее Генеральным секретарем без какого-либо участия государств-членов.

<sup>39</sup> См.: ICAO: Publications Regulations. 2020. URL: <https://store.icao.int/en/icao-publications-regulations-doc-7231> (accessed 12.09.2020).

<sup>40</sup> ICAO: Civil/Military Cooperation in Air Traffic Management. 2011. URL: [https://www.icao.int/apac/meetings/2012\\_cmc/cir330\\_en.pdf](https://www.icao.int/apac/meetings/2012_cmc/cir330_en.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>41</sup> ICAO: Aircraft Tracking Implementation Guidelines. 2017. URL: [https://www.ifalda.org/wp-content/uploads/2018/10/ICAO-Cir347\\_en.pdf](https://www.ifalda.org/wp-content/uploads/2018/10/ICAO-Cir347_en.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>42</sup> ICAO: Guidance on the Balanced Approach to Aircraft Noise Management. 2008. URL: [https://www.bazl.admin.ch/dam/bazl/it/dokumente/Fachleute/Flugplaetze/ICAO/icao\\_doc\\_9829\\_guidanceonthebalancedapproachtoaircraftnoisemanage.pdf.download.pdf/icao\\_doc\\_9829\\_guidanceonthebalancedapproachtoaircraftnoisemanage.pdf](https://www.bazl.admin.ch/dam/bazl/it/dokumente/Fachleute/Flugplaetze/ICAO/icao_doc_9829_guidanceonthebalancedapproachtoaircraftnoisemanage.pdf.download.pdf/icao_doc_9829_guidanceonthebalancedapproachtoaircraftnoisemanage.pdf) (accessed 12.09.2020).

<sup>43</sup> ICAO: Guidance on Aircraft Emission Charges Related to Local Air Quality. 2007. URL: [https://global.ihs.com/doc\\_detail.cfm?&input\\_search\\_filter=ICAO&item\\_s\\_key=00502433&item\\_key\\_date=921231&input\\_doc\\_number=9884&input\\_doc\\_title=&org\\_code=ICAO](https://global.ihs.com/doc_detail.cfm?&input_search_filter=ICAO&item_s_key=00502433&item_key_date=921231&input_doc_number=9884&input_doc_title=&org_code=ICAO) (accessed 12.09.2020).

<sup>44</sup> Взлет. Инструктивный материал по осуществлению воздушных перевозок во время кризиса общественного здравоохранения, вызванного COVID-19. 2020. Доступ: <https://www.icao.int/Security/COVID-19/EBandSL/067r.pdf> (дата обращения: 12.09.2020).

<sup>45</sup> Например, ввиду большого значения, Инструктивный материал по осуществлению воздушных перевозок во время кризиса общественного здравоохранения, вызванного COVID-19, был утвержден Советом ИКАО.

### 9. Вспомогательные документы ИКАО, касающиеся системы компенсации и сокращения выбросов углерода для международной авиации (КОРСИА)

Вспомогательные документы ИКАО, касающиеся Системы компенсации и сокращения выбросов углерода для международной авиации (далее – КОРСИА<sup>46</sup>), появились с принятием Советом ИКАО 27 июня 2018 г. тома IV Приложения 16 к Чикагской конвенции. Этот документ содержит международные стандарты и рекомендуемую практику КОРСИА<sup>47</sup>. КОРСИА, направленная на реализацию стратегической цели ИКАО – защиту окружающей среды от вредного воздействия авиации – представляет собой глобальную систему экономического стимулирования сокращения выбросов углерода, а сами положения тома IV Приложения 16 к Чикагской конвенции регулируют вопросы мониторинга, отчетности и верификации выбросов углерода эксплуатантами самолетов, порядок расчета и погашения их компенсационных обязательств в связи с этими выбросами<sup>48</sup>.

Так же, как инструктивные материалы и руководства ИКАО, вспомогательные документы КОРСИА не являются юридически обязательными для государств, но при этом их отличают следующие особенности:

- полный перечень, состоящий из четырнадцати вспомогательных документов КОРСИА, прямо предусмотрен в томе IV Приложения 16 к Чикагской конвенции (например, Критерии устойчивости для видов авиационного топлива, отвечающего условиям КОРСИА; Методика расчета фактических значений эмиссии в течение жизненного цикла; Критерии приемлемости единой эмиссии и т. д.)<sup>49</sup>;

- вспомогательные документы КОРСИА и изменения к ним утверждаются

Советом ИКАО, а не ее Генеральным секретарем;

- несмотря на рекомендательный характер, вспомогательные документы имеют важное

значение для реализации КОРСИА, на что прямо указано в томе IV Приложения 16 к Чикагской конвенции<sup>50</sup>;

- кроме того, многие международные стандарты тома IV Приложения 16 к Чикагской конвенции сформулированы таким образом, что их применение государствами-членами ИКАО практически невозможно без использования вспомогательных документов КОРСИА.

Вышеизложенные особенности вспомогательных документов КОРСИА, с одной стороны, как бы «приподнимают» их статус по сравнению с другими рекомендательными документами ИКАО. Однако, с другой стороны, сохранение столь важных и, даже незаменимых для реализации КОРСИА положений вспомогательных документов в качестве рекомендательных и невозможность их включения непосредственно в международные стандарты тома IV Приложения 16 к Чикагской конвенции во многом связаны, по нашему мнению, с тем, что разработка и принятие КОРСИА в рамках ИКАО проходили в условиях довольно серьезных разногласий между экономически развитыми и развивающимися странами по поводу применения рыночных мер, сокращающих выбросы углерода международной гражданской авиацией. В этих условиях на сегодняшний день вряд ли удалось бы добиться согласования воли государств – членов ИКАО относительно признания рассматриваемых положений в качестве норм международного воздушного права. Вместе с тем, ввиду большого значения вспомогательных документов КОРСИА для внедрения всей этой системы, Совет ИКАО все же принял решение об особом порядке их утверждения и изменения.

### 10. Выводы

В целом можно отметить, что существующие сегодня процессы образования норм в международном воздушном праве достаточно динамичны и хорошо учитывают современные реалии развития мировой авиации и интересы различ-

<sup>46</sup> Аббревиатура КОРСИА основана на сокращенном наименовании данной системы на английском языке – Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA).

<sup>47</sup> Более подробно о системе и проблемах КОРСИА ИКАО см., например: [Erling 2018:371; Truxal 2017:179– 185].

<sup>48</sup> Приложение 16 к Конвенции о международной гражданской авиации «Охрана окружающей среды». Том IV. Система компенсации и сокращения выбросов углерода для международной авиации. 2018. Доступ: <https://www.economy.gov.ru/material/file/24780ac67f1c415f5a43a28010442d72/SaRPs.pdf> (дата обращения: 12.09.2020).

<sup>49</sup> Там же.

<sup>50</sup> Там же.

ных государств. Между тем в последнее время в рамках ИКАО и других международных авиационных организаций стали заметны упрощение и ускорение процессов нормообразования. Происходит это за счет переноса многих существенных положений из обязательных актов в рекомендательные акты и документы либо за счет отстранения государств от участия в этих процессах. Намечившиеся тенденции могут иметь весьма негативные последствия для интересов самих государств, достижения единообразия правил, стандартов и процедур, касающихся деятельности международной гражданской авиации, и в итоге даже создавать угрозу для безопасности полетов во всем мире. Представляется, что Российской Федерации и другим государствам, уча-

ствующим в работе международных авиационных организаций, важно принимать во внимание указанные тенденции и связанные с ними риски. В частности, с целью учета интересов и особенностей отечественной гражданской авиации и авиационной промышленности крайне важно активное участие российских экспертов в работе не только Ассамблеи и Совета, но и других специализированных органов ИКАО (группы экспертов, исследовательские группы Секретариата ИКАО, специализированные аэронавигационные совещания и т. п.), в рамках которых, наряду с международными стандартами ИКАО, вырабатываются многочисленные акты и документы, носящие рекомендательный характер.

### **Список литературы**

1. Баталов А.А. 2020. Источники международного воздушного права: актуальные вопросы теории и практики. – *Московский журнал международного права*. № 3. С. 64-90. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-3-64-90>.
2. Бордунов В.Д. 1989. *Правовой механизм деятельности международных авиационных организаций*. М.: Наука. 168 с.
3. Вельяминов Г.М. 2015. *Международное право: опыты*. М.: Статут. 1006 с.
4. *Курс международного права*. В 7 т. Т. 1. Под ред. Р.А. Мюллерсона, Г.И. Тункина. М.: Наука. 1989. 360 с.
5. Лукашук И.И. 1997. *Нормы международного права в международной нормативной системе*. М.: Издательство «Спарк». 322 с.
6. *Международное воздушное право*. В 2 кн. Кн. 1. Под ред. А.Н. Мовчана. 1980. М.: Наука. 352 с.
7. Мильде М. 2017. *Международное воздушное право и ИКАО*. СПб.: Институт AERONET. 451 с.
8. *Общая теория государства и права*. В 2 т. Том 2. Под ред. М.Н. Марченко. 1998. М.: Зерцало. 640 с.
9. Тункин Г.И. 2000. *Теория международного права*. М.: Зерцало. 416 с.
10. Черниченко С.В. 2014. *Контуры международного права*. Общие вопросы. М.: Научная книга. 592 с.
11. Шибалева Е.А. 1986. *Право международных организаций: Вопросы теории*. М.: Международные отношения. 160 с.
12. Abeyratne R. 2016. *Rulemaking in Air Transport: A Deconstructive Analysis*. Switzerland: Springer International Publishing. 252 p. DOI 10.1007/978-3-319-44657-8
13. Antwerpen N. van. 2008. *Cross-Border Provision of Air Navigation Services with Specific Reference to Europe. Safeguarding Transparent Lines of Responsibility and Liability*. The Netherlands: Kluwer Law International. 276 p.
14. *Behind and Beyond the Chicago Convention: The Evolution of Aerial Sovereignty*. Ed. by Mendes de Leon P. and Buissing N. 2019. The Netherlands: Kluwer Law International. 498 p.
15. Dempsey P.S. 2008. *Public International Air Law*. Montreal: Centre for Research in Air and Space Law. 878 p.
16. Erling U.M. 2018. How to Reconcile the European Union Emissions Trading System (EU ETS) for Aviation with the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)? – *Air and Space Law*. Vol. 43, Issue 4/5. P. 371–386.
17. Hagemann R., Huddleston Skees J., Thierer A. 2018. Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerging Technologies in an Uncertain Future. – *Colorado Technology Law Journal*. Vol. 17. Issue 1. P. 37–130.
18. Huang J. 2009. *Aviation Safety through the Rule of Law. ICAO's Mechanisms and Practices*. The Netherlands: Kluwer Law International. 256 p.
19. Jae Woon Lee. 2016. *Regional Liberalization in International Air Transport. Towards Northeast Asian Open Skies*. The Netherlands: Eleven International Publishing. 351 p.
20. Mendes de Leon P. 2017. *Introduction to Air Law*. 10<sup>th</sup> ed. The Netherlands: Kluwer Law International. 576 p.
21. Ratajczyk M. 2015. *Regional Aviation Safety Organizations. Enhancing Air Transport Safety Through Regional Cooperation*. The Netherlands: Kluwer Law International. 352 p.
22. Shaw M.N. 2008. *International Law*. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press. 1709 p.
23. Thirlway H. 2014. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press. 304 p.
24. Truxal S. 2017. *Economic and Environmental Regulation of International Aviation: From International to Global Governance*. New York: Routledge. 222 p.
25. Weber L. 2017. *International Civil Aviation Organization (ICAO)*. 3<sup>rd</sup> ed. The Netherlands: Kluwer Law International. 212 p.

### **References**

1. Abeyratne R. *Rulemaking in Air Transport: A Deconstructive Analysis*. Switzerland: Springer International Publishing. 2016. 252 p. DOI 10.1007/978-3-319-44657-8
2. Antwerpen N. van. *Cross-Border Provision of Air Navigation Services with Specific Reference to Europe. Safeguarding Transparent Lines of Responsibility and Liability*. The Netherlands: Kluwer Law International. 2008. 276 p.
3. Batalov A.A. *Istochniki mezhdunarodnogo vozdušno-*

- go prava: aktual'nye voprosy teorii i praktiki [The Sources of International Air Law: current issues of theory and practice]. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 3. P. 64-90. DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-3-64-90>.
4. *Behind and Beyond the Chicago Convention: The Evolution of Aerial Sovereignty*. Ed. by Mendes de Leon P. and Buissing N. The Netherlands: Kluwer Law International. 2019. 498 p.
  5. Bordunov V.D. *Pravovoi mekhanizm deyatel'nosti mezhdunarodnykh aviatsionnykh organizatsii* [Legal mechanism of activities of international aviation organizations]. Moscow: Nauka Publ. 1989. 168 p. (In Russ.)
  6. Chernichenko S.V. *Kontury mezhdunarodnogo prava. Obshchie voprosy* [International Law Contours]. Moscow: Nauchnaya kniga Publ. 2014. 592 p. (In Russ.)
  7. Dempsey P.S. *Public International Air Law*. Montreal: Centre for Research in Air and Space Law. 2008. 878 p.
  8. Erling U.M.. How to Reconcile the European Union Emissions Trading System (EU ETS) for Aviation with the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)? – *Air and Space Law*. 2018. Vol. 43, Issue 4/5. P. 371–386.
  9. Hagemann R., Huddleston Skees J., Thierer A. Soft Law for Hard Problems: The Governance of Emerging Technologies in an Uncertain Future. – *Colorado Technology Law Journal*. 2018. Vol. 17. Issue 1. P. 37–130.
  10. Huang J. *Aviation Safety through the Rule of Law. ICAO's Mechanisms and Practices*. The Netherlands: Kluwer Law International. 2009. 256 p.
  11. Jae Woon Lee. *Regional Liberalization in International Air Transport. Towards Northeast Asian Open Skies*. The Netherlands: Eleven International Publishing. 2016. 351 p.
  12. *Kurs mezhdunarodnogo prava v 7 tomakh. T. 1: Ponyatie, predmet i sistema mezhdunarodnogo prava*. Otv. red. R.A. Müllerson, G.I. Tunkin [The Course of International Law in 7 volumes. Vol. 1: The Concept, Subject and System of International Law. Ed. by R.A. Müllerson, G.I. Tunkin]. Moscow: Nauka Publ. 1989. 360 p. (In Russ.)
  13. Lukashuk I.I. *Normy mezhdunarodnogo prava v mezhdunarodnoi normativnoi sisteme* [Norms of International Law in the International Normative System]. Moscow: Izdatel'stvo "Spark" Publ. 1997. 322 p. (In Russ.)
  14. Mendes de Leon P. *Introduction to Air Law*. 10<sup>th</sup> ed. The Netherlands: Kluwer Law International. 2017. 576 p.
  15. *Mezhdunarodnoe vozdušnoe pravo. V 2 kn. Kn. 1*. Pod red. A.N. Movchana [International Air Law. In 2 volumes. Vol. 1. Ed. by A.N. Movchan]. Moscow: Nauka Publ. 1980. 352 p. (In Russ.)
  16. Milde M. *International Air Law and ICAO* (Russ. ed.; Milde M. *Mezhdunarodnoe vozdušnoe pravo i IKAO*). Saint Petersburg: Institut AEROHELP Publ. 2017. 451 p.)
  17. *Obshchaya teoriya gosudarstva i prava. V 2 t. Tom 2*. Pod red. M.N. Marchenko [General Theory of State and Law. In 2 volumes. Vol. 2. Ed. by M.N. Marchenko]. Moscow: Zertsalo Publ. 1998. 640 p. (In Russ.)
  18. Ratajczyk M. *Regional Aviation Safety Organizations. Enhancing Air Transport Safety Through Regional Cooperation*. The Netherlands: Kluwer Law International. 2015. 352 p.
  19. Shaw M.N. *International Law*. 6<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2008. 1709 p.
  20. Shibaeva E.A. *Pravo mezhdunarodnykh organizatsii: Voprosy teorii* [Law of International Organizations. Theoretical Issues]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. 1986. 160 p. (In Russ.)
  21. Thirlway H. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2014. 304 p.
  22. Truxal S. *Economic and Environmental Regulation of International Aviation: From International to Global Governance*. New York: Routledge. 2017. 222 p.
  23. Tunkin G.I. *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of International Law]. Moscow: Zertsalo Publ. 416 p. (In Russ.)
  24. Vel'yaminov G.M. *Mezhdunarodnoe pravo: opyty* [International Law: experiments]. Moscow: Statut Publ. 2015. 1006 p. (In Russ.)
  25. Weber L. *International Civil Aviation Organization (ICAO)*. 3<sup>rd</sup> ed. The Netherlands: Kluwer Law International. 2017. 212 p.

## Информация об авторе

**Александр Александрович Баталов,**

кандидат юридических наук, магистр международного воздушного и космического права (Лейденский университет), Международная организация гражданской авиации (ИКАО)

3617, Avenue du Musée, Montreal, H3G 2E1, Canada

alexbatalov2000@mail.ru

ORCID: 0000-0002-9311-9822

## About the Author

**Alexander A. Batalov,**

Cand. Sci. (Law), LL.M. in International Air and Space Law (Leiden University),  
International Civil Aviation Organization (ICAO)

3617, Avenue du Musée, Montreal, H3G 2E1, Canada

alexbatalov2000@mail.ru

ORCID: 0000-0002-9311-9822



## INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-81-94>Research article  
Received 01.10.2020  
Approved 04.12.2020**Alexandra Yu. Skuratova**

Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University) MFA Russia  
76, Prospect Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454  
interlawmgimo@bk.ru  
ORCID: 0000-0001-8513-8719

**Elena E. Korolkova**

Prosecutor's office of the Orenburg region  
51, Ul. Kobozeva, Orenburg, Russian Federation, 460000  
korolkovaintlaw@gmail.com  
ORCID: 0000-0001-8932-5044

## PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES IN INTERNATIONAL LAW

**INTRODUCTION.** *The article analyses the sources of international law, national legislation of the Russian Federation, as well as that of certain foreign States regulating the operation of private military and security companies (PMSCs) in armed conflict. The article highlights the outcomes of the work of the UN Special Rapporteurs and Working Groups to study the activity of PMSCs and the impact it had on the observance of human rights. The authors further analyze the status of PMSC personnel under international humanitarian law. The article also looks at the positions expressed by the delegations of Member States during the discussion of the 2010 Draft Convention on Private Military and Security Companies (PMSCs) and provides recommendations for developing an appropriate international regulatory framework. The authors also examined State practice of the implementation of the The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict related to the operation of private military and security companies during armed conflict.*

**MATERIALS AND METHODS.** *The article contains an analysis of the main sources of international law, the*

*documents drafted by the United Nations International Law Commission, special rapporteurs and working groups on the matter, and State practice. It also addresses Russian and foreign legal scholarship.*

*From a methodological perspective, this study relied on the general scientific (analysis, synthesis, systemic approach) and private legal methods of knowledge (formal-legal, comparative legal studies).*

**RESEARCH RESULTS.** *Based on the study, it is argued that an international treaty should be adopted to regulate the activities of PMSCs, which would establish mechanisms to monitor and hold PMSCs and their employees legally accountable.*

**KEYWORDS:** *private military and security companies, armed conflict, international humanitarian law, Montreux Document, combatants, civilians, direct participation in hostilities.*

**FOR CITATION:** Skuratova A. Yu., Korolkova E.E. Private Military and Security Companies in International Law. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 4. P. 81–94. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-81-94

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ГУМАНИТАРНОЕ ПРАВО

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-81-94>

Исследовательская статья  
Поступила в редакцию: 01.10.2020  
Принята к публикации: 04.12.2020

**Александра Юрьевна Скуратова**

Московский государственный институт международных отношений (МГИМО-Университет)

МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д.76

interlawmgimo@bk.ru

ORCID: 0000-0001-8513-8719

**Елена Евгеньевна Королькова**

Прокуратура Оренбургской области

460000, Российская Федерация, Оренбург, ул. Кобозева, д.51

korolkovaintlaw@gmail.com

ORCID: 0000-0001-8932-5044

# МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЧАСТНЫХ ВОЕННЫХ И ОХРАННЫХ КОМПАНИЙ

**ВВЕДЕНИЕ.** В статье анализируются источники международного права, акты национального права России, некоторых иностранных государств, регулирующие деятельность частных военных и охранных компаний (ЧВОК) в вооруженных конфликтах. Показаны результаты работы специальных докладчиков и рабочих групп ООН по исследованию деятельности ЧВОК, их влияние на соблюдение прав человека. Проанализирован статус сотрудников ЧВОК с точки зрения норм международного гуманитарного права. Рассмотрены позиции делегаций государств-членов при обсуждении проекта конвенции 2010 г. о регулировании деятельности ЧВОК, предложены рекомендации для разработки соответствующего механизма международно-правового регулирования. Изучена практика применения государствами Документа Монтрё о соответствующих международно-правовых обязательствах и передовых практических методах государств, касающихся функционирования частных военных и охранных компаний в период вооруженного конфликта (Документ Монтрё) и Международного кодекса поставщиков охранных услуг.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** В статье проведен анализ основных источников международного права, материалы работы Комиссии международного права ООН, специальных докладчиков и рабочих групп по этому вопросу, практика государств. Изучены доктринальные труды зарубежных и российских специалистов в области международного права. Методологическую основу исследования составили общенаучные (анализ, синтез, системный подход) и частноправовые методы познания (формально-юридический, сравнительно-правовой).

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** На основе проведенного исследования аргументируется необходимость принятия международного договора, регулирующего деятельность ЧВОК, что позволит создать механизмы для контроля и привлечения к юридической ответственности ЧВОК и их сотрудников.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** частные военные и охранные компании, вооруженный конфликт, международное гуманитарное право, Документ Монтрё, комбатанты, гражданские лица, непосредственное участие в военных действиях.

**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:** Скуратова А.Ю., Королькова Е.Е. Международно-правовое регулирование деятельности частных военных

и охранных компаний. – *Московский журнал международного права*. 2020. № 4. С. 81–94. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-81-94

## 1. Private Military and Security Companies – general provisions

Private military and security companies provide armed security services, police, and military training, intelligence gathering and analysis, participate in peacekeeping missions, and complete other tasks [Gasser, Malzacher 2020:57-87]. The army and the police have traditionally performed most of these functions [Nebolsina 2019: 76-106]. Several factors are of concern in this context. Firstly, PMSC personnel tend to work in an area of armed conflict, exposing their lives to immediate danger, and, unlike military personnel, they are not afforded any legal guarantees [Lehnardt 2017: 761-780]. Most PMSC personnel involved in armed conflicts are nationals of third States not involved in armed conflict. The contracts they enter into often do not contain any provisions on the actual nature of work involving participation in hostilities, further constraining their access to obtain medical care and compensation in the event of injury or death. Second, not uncommon are the violations of international law committed by PMSC personnel, which prompted the UN Human Rights Commission to review the work of such companies and develop an appropriate legal framework.

## 2. UN's work on the activities of Private Military and Security Companies

### 2.1. Outcomes of the work of the UN Special Rapporteur on use of mercenaries as a means of impeding the exercise of the right of peoples to self-determination (1987-2005)

In 1987, the UN Commission on Human Rights appointed a Special Rapporteur on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination, with a mandate to study, among others,

the methods of recruiting mercenaries to take part in armed conflict. In 2005, the mandate expired. The UN Commission on Human Rights formed a Working Group of the same name.

The Special Rapporteur made the first mention of private companies providing military services in armed conflict in 1994. It was noted that former soldiers were recruited by the South African “Executive Outcomes” Company to participate in hostilities in Angola, supporting the UNITA rebels. This was in contravention of Angola's legislation at the time. Private companies were often involved in armed conflicts, both by the Governments and by non-state armed groups. For example, “Sandline International” contracted by the Government of Papua New Guinea, gathered intelligence, conducted military offensives in Bougainville, supplied arms, ammunition, and military equipment to the scene of hostilities. At the same time, the Defense Forces were placed under the command of the Company's personnel.

Upon analyzing the state practice of African states, the Special Rapporteur concluded that Governments allow the recruitment of mercenaries, enlisted via private military companies. He also noted that the notion of mercenaries was developing, transforming, and could often hide behind the façade of private military companies providing military assistance and expertise. The key ideas of the Special Rapporteur were:

- Upholding peace is an inherent obligation that a State cannot delegate;<sup>1</sup>
- As they progress and develop, private military companies may create a real threat to the governments;<sup>2</sup>
- Outsourcing state functions to private companies will limit state sovereignty.<sup>3</sup>

As a result of the study, the Special Rapporteur suggested that such companies be prohibited, as they encourage mercenary activities. However, this po-

<sup>1</sup> Report of the Special Rapporteur on the use of mercenaries. January 13, 1999, E/CN.4/1999/11. URL: [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?m=105](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=105) (accessed: 09.09.2020).

<sup>2</sup> Report of the Special Rapporteur on the question of the use of mercenaries. February 20, 1997. E/CN.4/1997/24. URL: [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?m=105](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=105) (accessed: 09.09.2020).

<sup>3</sup> Note by The Secretary-General on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination. October 16, 1997, A/52/495. URL: [https://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?m=105](https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=105) (accessed: 09.09.2020).

sition later shifted to a proposal to develop a legal framework, should states deem legal the use of private military and security companies in armed conflict.

## **2.2. Work of the UN Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of peoples to self-determination (2005-present).**

The Working Group comprises five independent experts from different regions of the world, who serve on a rotating basis.

In 2008, a draft convention regulating PMSCs was proposed in Moscow by representatives of the Russian Federation as part of a regional consultation. It contained general provisions on the applicable terms and basic regulatory principles, principles of international law applicable to the activities of PMSCs, and provisions on the international legal responsibility of States for the acts of PMSCs.

In 2010, at the 65th session of the United Nations General Assembly, the Chair of the Working Group presented a draft convention regulating the activities of PMSCs, which was not adopted by the UN Member States, as some delegations criticized the text, as detailed below.

## **2.3. The work of the Open-Ended Intergovernmental Working Group to consider the possibility of elaborating an international regulatory framework on the regulation, monitoring and oversight of the activities of private military and security companies (2010 to 2017).**

The UN Human Rights Council established an Intergovernmental Working Group to consider developing an international legal framework to regulate the monitoring and control of PMSCs based on the draft text proposed by the Working Group.<sup>4</sup> Thirty-two states (including Russia) voted in favor of the establishment of the Working Group, 12 voted against (United Kingdom, United States, etc.), and three abstained (Switzerland, etc.).

One of the key issues of discussion was identifying the reasons that had prevented the adoption of the Draft Convention proposed by the Work-

ing Group in 2010. These reasons included the following:

- the provisions of the Draft Convention on the responsibility of states for the conduct of private persons are not in conformity with the rules of international law, in particular, the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts drafted by the UN International Law Commission;
- the Draft Convention envisions obligations for non-State actors (private military and security companies) who cannot *proprio motu* be parties to the Convention;
- the Draft Convention distinguishes between “inherently governmental functions,” which PMSCs are prohibited from performing, and other functions that States may delegate. A common understanding of what “inherently governmental functions” are within the framework of the Convention, in the view of the experts, is problematic, given the different regulatory approaches of States on this issue;
- the Draft Convention provides for the establishment of a new body with powers to investigate complaints by victims, but does not contain any provisions outlining its funding and operation.

In the end, the delegates were divided on possible ways to design a regulatory framework. These include:

- basing the international legal framework on the Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict, 2008, and the International Code of Conduct for Private Security Service Providers, 2010. (This is the position of Great Britain);
- the need for an international treaty has not yet matured – we should better examine state practice should first be reviewed and, on its basis, draft a set of guidelines, distinguishing private security companies from private military companies (The US proposes to adopt a “plan of action” based on expert reports containing recommendations to States to regulate PMSCs).<sup>5</sup>
- an international treaty on the matter is required, as national legislation is rather fragmented, as PMSC employees violate human rights and are rarely held accountable.

<sup>4</sup> Resolution adopted by the Human Rights Council. October 7, 2010, 15/26. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/167/44/PDF/G1016744.pdf?OpenElement> (accessed: 09.09.2020).

<sup>5</sup> Fifth Session of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Private Military and Security Companies. U.S. Government Delegation Closing Statement. December 12-16, 2016. URL: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGMilitary/Session5/US\\_closing\\_statement.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGMilitary/Session5/US_closing_statement.pdf) (accessed: 09.09.2020).



The fact that the discussions were going in different directions, as well as the existence of contradictory positions, led to the ultimate “freeze” of the debate on the adoption of an international treaty.

**2.4. The work of the new Open-ended intergovernmental working group to elaborate the content of an international regulatory framework, without prejudging the nature thereof, relating to the activities of private military and security companies from 2017 to present.**

In 2017, the UN Human Rights Council established a new Intergovernmental Working Group for three years to develop international legal mechanisms to regulate the activities of PMSCs.

The first and so far only session was held in 2019. State delegations expressed different positions on possible regulatory mechanisms. Brazil, India, and Venezuela believed that the Montreux Document only reflects a fragment of existing international law that may cover the activities of PMSCs, yet this is not enough, as significant legal lacunae remain. Some delegations actively supported existing soft-law instruments. In particular, the European Union, Great Britain, and Switzerland posit that the Montreux Document and the International Code of Conduct ensure the protection of human rights and are sufficient to govern the PMSCs.

Cuba, Ecuador, and South Africa unequivocally advocated for the adoption of an international treaty. The delegation of Egypt noted the need to consider the differences in the national legislation of States concerning the establishment and operation of private military companies during the drafting process. Pakistan, while speaking in favour of the initiative to conclude an international treaty, proposed to harmonize the positions of States on mutual legal assistance, international state responsibility, and the accountability of PMSCs personnel in the military chain of command. Most of those in favour of adopting the treaty were those states where the PMSCs were active. Thus, the representatives of Iran and Iraq considered it necessary to draw lessons from past large scale violations of human rights and international humanitarian law in Iraq, Afghanistan and other States where PMSC personnel killed innocent civilians in cold blood, subjected them to torture and ill-treatment.

The delegation of the Russian Federation announced their intention to be an active member of the Working Group, drawing attention to the need to discuss a number of contentious issues (the legitimacy of

PMSCs, status of their personnel under international humanitarian law, functions that the State may delegate to PMSCs, responsibility for unlawful acts committed by employees of companies).

The session resulted in a synthesis of critical points agreed on by the participants. During the further stages of developing a legal framework, it is advisable to:

- take into account the distinction between mercenaries and PMSC employees;
- draw on the studies of Special Rapporteurs and Working Groups;
- take into account the national legislation of States applicable to PMSCs;
- determine the status of PMSC staff under international humanitarian law;
- develop a list of functions that States cannot delegate;
- to consider regulating the activity of PMSCs in “complex situations” involving participation in cyber operations, control of unmanned aerial vehicles and autonomous weapons systems [Skuratova, Korolkova 2019: 22-30];
- take stock of previous negative lessons learned with the use of PMSCs to destabilize constitutional regimes to prevent such practices;
- consider the development of differentiated regulatory mechanisms applicable in armed conflict and peacetime;
- not to differentiate between private military and private security companies by type of service, as such companies offer a wide range of services;
- to develop a mechanism for mutual legal assistance in criminal matters.

During the discussion, a rather contentious view was expressed that PMSCs could not be considered Parties to armed conflict because they were merely service providers. Accordingly, they are not subject to international humanitarian law. This position did not gain strong support [Sassòli, 2019:542-553].

**3. Status of personnel of private military and security companies under international humanitarian law**

**3.1. Mercenaries**

Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949 (AP I) and the International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries of 1989<sup>6</sup> set out cumulative

6 International Convention Against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, adopted by UNGA Res. 44/34 on 4 December 1989.

criteria that can qualify a person as a mercenary. The absence of any criterion will automatically mean that a person cannot be a mercenary. For example, the criterion of private gain or material compensation is not always limited to material remuneration, because many PMSC employees are involved in an armed conflict, wishing to apply professional skills, and “get an adrenaline dose.”<sup>7</sup> The lack of citizenship or permanent residence in the territory of the State where the armed conflict is taking place does not prevent the employment of PMSC personnel. Companies employ locals to perform specific services [Gómez del Prado 2017:59-62]. Members of PMSCs are not included in the State's armed forces and therefore qualify as mercenaries under this criterion.

Consider the application of this article to specific PMSC staff members from Peru employed by the United States in the armed conflicts in Iraq and Afghanistan:

- contracts concluded with Peruvians provided for the conduct of training for subsequent participation in hostilities and the payment for such participation (partly subject to the requirements of paras. a and c of Art. 47 API, and para. A of Art. 1(1) of the 1989 International Convention);
- Peruvian recruits were neither nationals, nor residents of the parties to armed conflicts (requirement of p. “d” art. 47 AP I, p. “c” c. art. 1, para. 1 of the 1989 International Convention);
- were not military personnel of the United States or any other party to the conflict (requirements of paragraphs “e” and “f” art. 47 AP I, para. “d” c. 1, art. 1 of the 1989 International Convention);
- not officially sent by the State (Peru) for the performance of tasks in situations of armed conflicts (para. “f” AP I, para. “e” para. 1, art. 1 of the 1989 International Convention).

In this case, there is no basis for the qualification of PMSC personnel as mercenaries under Art. 47 AP I and art. 1 International Convention of 1989, because not all the criteria set out in the documents have been met.

### 3.2. Status of PMSC personnel in armed conflict of an international character.

International humanitarian law grants certain participants in armed conflict the right to directly participate in hostilities.

1. Members of the armed forces shall have the right to take part directly in hostilities, according to Art. 1, para. 4A of the 1949 III Geneva Convention, Members of armed forces are persons belonging to the armed forces of a party to the conflict.<sup>8</sup> If the State has not provided a notification that paramilitary and police groups are incorporated into the armed forces, they will not qualify as combatants. This requirement may apply to PMSC personnel involved in armed conflict.

2. International law recognizes the persons who, “on the approach of the enemy spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war” as combatants.<sup>9</sup> However, this case does not apply to PMSC staff members, as their participation in armed conflict is preconditioned on the existence of a contract.

3. Members of the resistance movements also enjoy combatant status. The International Committee of the Red Cross (ICRC) interprets belonging to a Party to conflict as the existence of a de-facto relationship between the participants in the resistance movement and a Party to the conflict. There must be a substantial nexus between the two. The requirements are set out in Art. 1 of the 1907 Convention on the Laws and Customs of War on Land:

- to be commanded by a person responsible for his subordinates;
- to have a fixed distinctive emblem recognizable at a distance;
- to carry arms openly; and
- to conduct their operations in accordance with the laws and customs of war.<sup>10</sup>

Some PMSC personnel may be considered combatants if they comply with the above criteria.

<sup>7</sup> Gómez del Prado J.L. Impact on Human Rights of a New Non-State Actor: Private Military and Security Companies. URL: <http://www.privatesecurityregulation.net/files/Impact%20in%20Human%20Rights%20of%20Private%20Military%20and%20Security%20Companies%27%20Activities.pdf> (accessed: 09.09.2020).

<sup>8</sup> Third Geneva Convention III, relative to the treatment of prisoners of war 1949.

<sup>9</sup> Art. 10 Brussels Declaration 1874 r., Art. 2 Hague Convention 1907 r., Art. 4(A)(6) Third Geneva Convention, relative to the treatment of prisoners of war 1949.

<sup>10</sup> Hague Convention, respecting the Laws and Customs of War on Land 1907.

Art. 4A(4) of the Third Geneva Convention 1949 established that the persons who have received authorization from a party to the conflict “to accompany the armed forces without actually being members thereof” are entitled to the status of a prisoner of war.<sup>11</sup> This is confirmed by a special permit issued by the government. In the United States, according to the Instruction of the Department of Defense “On Contractor Personnel Authorized to Accompany the US Armed Forces”<sup>12</sup> PMSCs personnel are civilians, accompanying the armed forces, who, however, often take direct part in hostilities, abusing their rights.

Questionable is the practice of some States concerning the recruitment of PMSC personnel to guard military installations [Crawford, *Pert* 2015: 226-231]. If PMSC personnel act as civilians, the defending Party is responsible for protecting military objectives and facilitating military operations. Defending a PMSC military facility would be considered an act of violence against the enemy.

In summary, the status of PMSC personnel in situations of international armed conflict must be determined on a case-by-case basis [Cockayne 2014: 737]. PMSCs personnel cannot be unequivocally qualified as mercenaries because their activities only partially meet the criteria set out in Art. 47 of AP I to the Geneva Conventions of 1949 and international treaties dealing with mercenarism. In some cases, PMSC personnel may enjoy the rights and obligations of combatants, including the status of prisoners of war. According to prof. Kotlyarov I.I., PMSCs may be incorporated into the armed forces, despite the private nature of their activities, under a license issued under national legislation that makes this possible [Kotlyarov 2013:176]. Where PMSCs act as consultants and provide security advice or logistical support, they are civilians [De Nevers 2017:281-302].

### 3.3. Status of PMSC personnel in a non-international armed conflict.

In most cases, PMSC personnel are involved in non-international armed conflicts where there are hostilities between organized (non-governmental) armed groups and the armed forces of a State. The

participation of PMSCs on the side of government forces may be subject to a contract signed with the Government of the State. Foreign PMSCs may participate in such armed conflicts only with the consent of the receiving State.

Nevertheless, PMSCs do get employed by non-state armed groups in situations of armed conflict of a non-international character [Daza 2017:31-57]. The participation of foreign PMSCs on the side of organized armed groups sent by a foreign State in a non-international armed conflict may be regarded as an intervention in the domestic affairs of the State. An example of this is the United States and British PMSCs, who were involved in armed conflicts in Libya in 2001 and Syria in 2011.

The purpose of international humanitarian law is, first and foremost, to protect civilians through compliance by Parties to an armed conflict with the duty to distinguish between combatants and civilians.

1. The status of government armed forces is defined in AP I, which also applies to non-international armed conflict. A person's membership in the armed forces is determined by national legislation.

2. In order to determine whether an individual belongs to an organized armed group, one must determine whether he or she has a permanent function within the group. Members of an organized armed group cease to be considered civilians for as long as they remain members of the group as long as they have an active combat function. At the same time, if a person only sporadically provides acts for an organized armed group, he or she cannot be considered to be a member of one, since it is necessary to have a long-term connection with the group [Rusinova 2012:61-69].

According to the commentary to AP II, direct participation in hostilities is “military actions which, by nature or purpose, are likely to cause actual harm to the personnel and damage equipment of the enemy's armed forces.”<sup>13</sup> The term “direct participation in hostilities” is not disclosed in any international legal document. However, a precise understanding of what constitutes direct participation in hostilities is essential in determining the status of a party to a non-international armed conflict.

<sup>11</sup> Third Geneva Convention III, relative to the treatment of prisoners of war 1949.

<sup>12</sup> Instruction of the Department of Defense on Contractor Personnel Authorized to Accompany the US Armed Forces, № 3020.41 from 03.10.2005.

<sup>13</sup> Commentary to Additional Protocol II, of 8 June 1977, to the Geneva Conventions of 12 August 1949, relative to the protection of victims of non-international armed conflicts: Translated from English K. Piytu et. al. – 2 Edition., Moscow, *International Committee of Red Cross*, 2000, p. 303.

In light of this gap, the ICRC's attempt to interpret the term is welcome.<sup>14</sup> The ICRC experts propose that several constituent elements should be taken into account to define an action as direct participation in hostilities:

- the action must, as a probable result, adversely affect the military operations or military capabilities of a party to the conflict or cause death, injury, or destruction to the persons or objects protected from an imminent attack (threshold of harm);
- there must be a direct causal link between the acts and the harm that may result from the act or the coordinated military operation (direct causation);
- the action must be specifically designed to achieve the threshold of harm and must be performed in support of one party to the conflict and to the detriment of the other (belligerent nexus).

The commentary to AP II provides that direct participation in hostilities is an act of war, which, by its nature and purpose, may have the probable result of actual damage to the personnel and equipment of the enemy forces. The International Tribunal for the Former Yugoslavia in the criminal case “Prosecutor v. Strugar” reached similar conclusions<sup>15</sup>.

Based on this, the activities of PMSCs in the training of military personnel and the development of general plans of military operations (for example, such American companies: “Cubic Application International”, “Kellog, Brown and Root”, “MPRI” in Georgia during the Georgian-Ossetian conflict in 2008) and intelligence gathering, which are not directed at a specific military operation, do not constitute direct participation in hostilities.

On the other hand, the supply of arms for a specific military operation does constitute direct participation in hostilities (e.g., employees of “Sandline International” in 1998 supplied arms to participants of armed conflicts in the territory of the former Yugoslavia, in Iraq, Bahrain, Qatar, and Sierra Leone) [Mathieu, Rearden 2007: 744-755].

In addressing the status of PMSCs personnel in non-international armed conflict, one must estab-

lish the functions that they perform in the course of their participation in armed conflict since not all functions are related to military action. For example, most of these companies provide logistical services. Thus, if such PMSC personnel support an organized armed group in this manner, they will not receive POW status in case of enemy capture.

For a long time, States had contracted private companies whose employees were to directly take part in hostilities. Thus, when the governments of individual African states employed PMSCs to respond to the insurgency, they helped to quell resistance and keep the political regimes in force. These Governments excused this practice due to the lack of adequately trained armed forces and comparatively lower costs, as opposed to maintaining the army.

Ultimately, the right of PMSCs personnel to directly participate in the hostilities will depend on the existence of guarantees as well the State's ability to ensure that these functions are carried out without compromising security. However, based on numerous studies by domestic and foreign scholars on the involvement of PMSCs in armed conflicts, the ban on their participation in hostilities seems justified.

In conclusion, international humanitarian law affords different protection to civilians and combatants; at the same time, it is becoming increasingly difficult to draw a line between the two categories in modern armed conflicts.<sup>16</sup> This is primarily due to the nature of armed conflicts, the emergence of various non-State actors taking part in hostilities, and the use of new combat operations technologies.

The rules of IHL have changed since the First World War, with the adoption of the 1929 Geneva Conventions, their revision after the Second World War in 1949, and then in 1977, during the struggle against colonialism [Sassòli 2019: 542-553]. However, the emergence of new, previously unknown methods of warfare requires the international community to review the existing IHL. Based on the above, we can assume that PMSC personnel would not enjoy the status of either combatants or civilians, but would be treated as *sui generis* actors.

<sup>14</sup> Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law: International Committee of the Red Cross. Geneva, 2009.

<sup>15</sup> Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-AR72 (Decision on Interlocutory Appeal). November 22, 2002.

<sup>16</sup> Durham H. Strengthening Compliance with IHL : Disappointment and Hope *ICRC, Humanitarian Law & Policy Blog*, 2018. URL: <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2018/12/14/strengthening-compliance-with-ihl-disappointment-and-hope/> (accessed: 09.09.2020).



#### 4. National legislation concerning PMSCs

On September 2007, members of the PMSC called “Blackwater” carried out an armed attack on civilians, including women and children, at the Nisour Square in Baghdad. The FBI investigated the killing and injuring of civilians. The Iraqi authorities failed to prosecute PMSC personnel because they were entitled to immunity from criminal prosecution, as granted under the Order of the Iraqi Coalition Provisional Authority No. 17 (2004). The PMSC's presence in Iraq was against the law, as the military and security services license issued by the Ministry of the Interior expired on 1 February 2006.

In the United States, criminal prosecution of PMSCs personnel is governed by the Military Extraterritorial Jurisdiction Act (MEJA) and the Uniform Code of Military Justice (UCMJ).

Under MEJA, federal courts exercise jurisdiction over crimes committed outside the United States by persons employed or accompanying the armed forces, or by US military personnel. MEJA covers civilians contracted by the United States Department of Defense or other federal agencies that employed them in support of a DOD mission.<sup>17</sup> Four employees of “Blackwater” were prosecuted and convicted of various crimes committed in violation of MEJA. In the course of the trial, the defense pleaded that MEJA did not apply to Blackwater employees. In support of the claim, the defence argued that the US Federal Court had no jurisdiction, as MEJA applied only to crimes committed by PMSC employees hired under contract with the United States Department of Defense or pursuant to the mission of the Department of Defense, and not with any other agency (in the case in question, the contract was concluded by the Department of State).

As for UCMJ, it had previously only been applied to members of armed forces, while the prosecution of civilians was beyond its scope. With the amendments, UCMJ's jurisdiction extended to PMSC employees.<sup>18</sup> However, the prevailing fraction of the foreign legal scholarship posits that the application of the UCMJ to PMSC employees violates their con-

stitutional rights under the Fifth and Sixth Amendments to the United States Constitution, as they are considered civilians under United States law.

The prosecution of PMSCs personnel for the crimes committed is further complicated by bilateral agreements granting them immunity from prosecution by the competent authorities. The existence of such agreements should not absolve sending States of responsibility for holding the perpetrators accountable and ensuring justice.

The US Alien Tort Statute (“ATS”) grants foreign nationals who have been injured by PMSCs' or their employees' actions the right to file a civil suit for damages.<sup>19</sup> In 2004, citizens of Iraq who were tortured by employees of “Titan” and “CACI” filed a civil action for the violation of the norms of international law.<sup>20</sup> In 2004, a civil action was filed. The United States District Court denied the claims, arguing that the ATS did not apply to private actors [Bakker, Sossai 2012: 664].

In the case of “Abtan v. Blackwater”, the trial followed from a class action brought by the Iraqi citizens injured by the shelling perpetrated by the employees of the PMSC “Blackwater” in Baghdad. The representatives of “Blackwater” during the trial cited their status as non-state actors and argued that they could not be responsible for violation of norms of international law. In 2009, the court decided in favour of “Blackwater,” rejecting the claims of the prosecution.<sup>21</sup>

Some states have enacted laws to regulate such companies. Private companies are prohibited in most States, so *de jure* private military companies do not exist (e.g., Russia, China, Germany, Egypt, etc.). South Africa has enacted a special Private Security Act of 2001 and a Code of Conduct for Security Service Providers of 2003. Employees of such companies may only provide security services.<sup>22</sup> A similar approach is reflected in Swiss legislation governing private security activities abroad. The law prohibits private company employees from taking a direct part in hostilities.

The legislation of some States does not explicitly prohibit the activities of PMSCs involved in armed

<sup>17</sup> 18 U.S. Code Chapter 212 – Military Extraterritorial Jurisdiction Act, § 3261-3267.

<sup>18</sup> 10 U.S. Code Chapter 47 – Uniform Code Of Military Justice, § 802, (a) (10).

<sup>19</sup> 28 U.S. Code § 1350 – Alien's action for tort.

<sup>20</sup> Saleh v. Titan Corp., 436 F. Supp. 2d 55 (D.D.C. 2006).

<sup>21</sup> Estate of Abtan v. Blackwater Lodge Training Center, 611 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2009).

<sup>22</sup> The Regulatory Framework of PMSCs in South Africa. Working Group On The Use Of Mercenaries As A Means Of Violating Human Rights And Impeding The Exercise Of The Rights Of Peoples To Self-Determination. URL: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/WGMercenariesIndex.aspx> (accessed: 09.09.2020).

conflict (Sudan). Some constitutions prohibit public functions, such as the administration of justice and the provision of national security to private companies (France, Algeria, Tunisia).

The constitutions of Russia and Yemen prohibit the establishment of non-State armed groups. In Russia, the state security is a function of the national armed forces. Specific task can be delegated to various groups, as well as special services. Article 208 of the Russian Criminal Code prescribed criminal responsibility for creating, directing, financing and participating in an illegal armed group, which means that any other armed formations must specifically follow out of federal law, allowing their establishment. In the absence of specific regulation, the activities of PMSC employees may be characterized as mercenarism under Art. 359 of the Russian Criminal Code.

In summary, the existing national legislation is a diverse mosaic, and does not contribute to developing general practice in the use of PMSCs. There are difficulties in prosecuting and collecting evidence in criminal cases. Analysis of the legislation of individual States revealed significant differences in the level of regulation of PMSCs. This applies to the different approaches to the formulation of the applicable terminology, the range of services that such companies are entitled to provide.

## 5. 2010 Draft Convention and its criticism

In 2010, the Chair of the Working Group at the 65th session of the UN General Assembly presented a draft convention to regulate the activities of PMSCs. The need to adopt a legally binding instrument was driven by the desire to establish minimal international standards applicable to PMSCs.

Article 2 of the Convention defines various terms used throughout the text. In particular, the following definition is proposed for PMSCs: "a corporate entity which provides on a compensatory basis military and/or security services, including investigation services, by physical persons and/or legal entities." The text goes on to list the permitted services.

A number of foreign scholars have criticized these provisions of the draft Convention, pointing out that the definition of PMSCs is open to broad interpretation and can be applied to any contractor [Seiberth 2014: 296], while the list leaves open the question as to what functions are permissible for PMSCs.

Part II of the Draft Convention sets out general regulatory principles. Part III deals with the national regulation and monitoring, the obligation to license

the services of PMSCs, the establishment of a national registry, the obligation to train and vet the personnel of PMSCs, as well as compliance with labour laws, and the regulations governing the use of force and firearms by PMSC personnel.

Obligations of States parties in the application of civil and/or administrative sanctions against offenders and the provision of remedies to victims are set out in Part IV. The draft convention proposes that only performance of State functions by employees of PMSCs, illegal use of force and firearms, illegal use of certain weapons, and illegal trafficking in weapons by PMSCs and their personnel may be qualified as crimes under domestic legislation.

In addition, any activity carried out by PMSCs in the absence of a specific authorization shall be illegal. States parties must ensure that perpetrators are brought to justice and provide effective remedies to victims. This part of the draft convention contains provisions on the civil liability of legal and natural persons, the establishment of State jurisdiction, and obligations relating to the prosecution and extradition of nationals.

Part V deals with establishing a committee on the Regulation, Oversight, and Monitoring of PMSCs. The Committee is envisioned to receive reports from States parties on the legislative, judicial, administrative and other measures they have adopted, in accordance with the procedures established in international human rights instruments, to implement the provisions of the Convention. At the same time, the draft convention provided for an inquiry procedure and an individual complaints procedure.

The draft proposed that the Secretary-General create an international registry of PMSCs active in the global market, which would be based on the information submitted by member states.

UN Member states never adopted the Draft Convention, with some delegations criticizing the text. In particular, based on the text, it is not possible to establish the status of PMSCs personnel in accordance with the rules of IHL. One delegation criticized the conditions for the application of the Convention (situation of armed conflict), noting the narrow focus of the draft convention, which did not take into account other complex situations where private armed forces were involved (for example, the destabilization of the constitutional regime, emergency operations, etc.). In our view, the Convention should not apply to all situations involving the activities of PMSCs, as this can be regulated at the level of national legislation, which, in any event, is already the case across a number of States.

Furthermore, the draft convention refers the Victims' Compensation Fund, but does not specify its status, funding or working mechanism, which makes the rule virtually inapplicable and requires further detail.

Note should be taken on the approach taken by the drafters of the Convention in formulating the obligation of States to take all necessary legislative measures, licensing regimes, contracting and training requirements, oversight and monitoring requirements. The existence of such a duty could spark conflicts between different national legal regimes with regard to compliance with licensing requirements. Furthermore, the establishment of such regulatory mechanisms would entail significant financial costs for States, which would act as a deterrent to ratification.

With regard to the problem of the use of the term "inherently governmental functions", there is no agreed definition in international law of what these functions are.

An examination of the use of PMSCs revealed abuses due to the lack of control over their activities during armed conflict. In this connection, it is logical that the experts of the United Nations Working Group should take the initiative to give military commanders the power to monitor the PMSCs staff, since it is the commanders who bear the obligation to comply with the rules of international humanitarian law.

## 6. Alternative legal frameworks

To regulate the activities of PMSCs in armed conflicts, the Government of Switzerland and ICRC held international consultations, which resulted in the adoption of the Montreux Document in 2008 and the International Code of Conduct for Private Security Service Providers in 2010 (further – "International Code of Conduct"). As of September 2020, 7 States acceded to the International Code of Conduct: Australia, Canada, Norway, Sweden, Switzerland, United Kingdom and the United States of America, 97 PMSCs, and 38 non-governmental organizations.<sup>23</sup>

At the time of signature, only 17 States acceded to the Montreux Document, but the number now stands at 56. In addition to States, the EU, OSCE, and NATO have joined the Montreux Document. The

Russian Federation has not signed this instrument due to the Russian experts' opinion that the Montreux Document was developed to serve the interests of a certain group of States, who rely on the services of PMSCs. Therefore, according to them, the document does not take into account the interests of other countries. In addition, Russian legislation does not provide for the activities of such companies.

The document consists of two parts. The first one draws a difference between the legal status of States according to the obligations under international law: such contracting States, territorial States and third States. The second part of the document references good practices developed for implementing the obligations set out in the first part: the procedure for the selection of PMSCs and the conclusion of contracts, the procedure for the authorization of military and security services, and the monitoring of compliance. Good practices summarise the current practice of those states who have resorted to PMSCs. The preface to the Montreux Document states that it is legally binding and "should not be construed as endorsing the use of PMSCs in any particular circumstance"<sup>24</sup>.

The Montreux Document identified general recommendations addressed to States, including:

- not to contract PMSCs to carry out activities that international humanitarian law explicitly assigns to a State agent or authority (para. 2, section "A" c. 1) (performing inherently governmental functions);
- take appropriate measures to prevent, any violations of international humanitarian law by personnel of PMSCs; (para. "c" para. 3, section "A", para. 1);
- to investigate and, ensure effective judicial proceedings (para. 6, section "A", para. 1);
- to ensure respect for international humanitarian law by disseminating information about it (subparas. "a", "b", para 3 section "A", para. 1).

The contracting State (a term used by the Montreux Document) bears the majority of the obligations, such as the duties not to contract PMSCs to carry out inherently governmental activities; contracting with PMSCs to perform exclusively State functions; to select and contract PMSCs, whose personnel have had proper training; to take measures to comply with international humanitarian law; to prevent and investigate violations committed by PMSCs

<sup>23</sup> International Code of Conduct Association. URL: <https://www.icoca.ch> (accessed: 09.09.2020).

<sup>24</sup> The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict. *International committee of the Red Cross*. Geneva, 2008.

and their personnel; enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions; to provide reparations for violations of international humanitarian law and human rights law caused by the wrongful conduct of the personnel of PMSCs when such conduct is attributable to the State.

The Montreux Document, in accordance with customary international law, addresses the issue of attribution of unlawful conduct of PMSCs to the Contracting State. Thus, the sending State is internationally responsible for such conduct in cases where PMSCs:

- incorporated by the State into their regular armed forces in accordance with its domestic legislation; (subpara. “a” para. 7, section “A”, part I);
- members of organized armed forces, groups or units under a command responsible to the State; (subpara. “b” para. 7, section “A”, part I);
- empowered to exercise elements of governmental authority if they are acting in that capacity (subpara. “c” para. 7, section “A”, part I);
- are in fact acting on the instructions of the State or under its direction or control (subpara. “d” para. 7, section “A”, part I).

The rights and obligations of PMSCs and their employees are listed in a separate section. The status of each employee is determined on a case by case basis, taking into account the functions entrusted to him.

The Montreux Document does not provide a list of services that PMSC personnel are entitled to carry out in situations of armed conflict. This approach is predicated on States determining whether to include PMSCs in the armed forces or regulate their activities otherwise. Given the divergent positions and contradictory State practice, the list of military/security services was left open during the drafting of the Montreux Document. The preface merely provides examples of the services that companies could provide to States. As such, The Montreux Document does not explicitly prohibit the direct participation of PMSC personnel in hostilities.

Unlike the Montreux Document, the International Code of Conduct only recognizes security services, which it construes as “guarding and protection of persons and objects, such as convoys, facilities, designated sites, property or other places (whether armed or unarmed)”.<sup>25</sup> The International Code does not prohibit PMSCs employees from enforcing preventive measures such as detention, transporting de-

tainees, and interrogating suspected criminals. The International Code does not contain provisions on the status of staff under international humanitarian law, nor does it take into account the specific environment in which PMSCs operate - the existence of armed conflict.

An important aspect is the award of compensation to victims of the activities of PMSCs. However, neither the Montreux Document nor the International Code contains specific provisions to that effect, leaving it to companies themselves to investigate violations of citizens' rights and to award compensation. The issue of compensation for victims of PMSCs is acute and is further compromised by deferring this to a self-regulatory mechanism. Deficiencies in the Montreux Document and the International Code also include gaps in the regulation of the collection and exchange of evidence in criminal and civil cases between States, extradition, and lack of enforcement and accountability mechanisms [Cockayne 2014: 735-769].

Despite significant shortfalls, State practice indicates that States apply the Montreux Document and the International Code to work with PMSCs. The United States Government strongly encourages companies to apply for membership in the International Code Association as evidence of integrity and quality of service delivery.

## 7. Conclusions

Various UN experts have studied the activities of PMSCs for over 30 years. This led to an intermediate outcome, the drafting of an international convention, which was never adopted by the UN Member States.

1. Negotiations to develop and adopt an international treaty regulating the activities of PMSCs have been suspended. The UN Intergovernmental Working Group is once again studying the possibility of elaborating an international legal regulation without predetermining the nature of the outcome document.

2. Delegations have put forward three different positions on possible legal frameworks:

- The Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict, 2008, and the International Code of Private Security Service Providers, 2010;

<sup>25</sup> The International Code of Conduct for Private Security Service Providers. URL: [https://icoca.ch/sites/all/themes/icoca/assets/icoc\\_russian3.pdf](https://icoca.ch/sites/all/themes/icoca/assets/icoc_russian3.pdf) (accessed: 09.09.2020).



– Adoption of an international treaty is not yet required; State practice should first be studied and set out as guidelines;

– An international treaty on the subject is needed. National legislation is fragmented, PMSC personnel violate human rights and, with few exceptions, are legally responsible.

3. The employees of PMSCs do not fall under the definition of a “mercenary” in the sense of Art. 47 Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949, International Convention of 1989.

4. The status of PMSC personnel under international humanitarian law is determined on a case-by-case basis. If members of PMSCs are incorporated into the State's armed forces, or if they meet the criteria laid down in Article 1 of the 1907 Convention, they may be considered combatants and are entitled to prisoner of war status. In all other cases, PMSC personnel are civilians, which means that they cannot directly participate in hostilities. It is possible to consider them as *sui generis* participants of armed conflict.

5. Member States did not adopt the draft convention proposed by the experts of the UN Working Group in 2010 because it was silent on crucial

matters, such as the legitimacy of the participation of PMSC personnel in armed conflicts and other governmental functions, the status of PMSC personnel under international humanitarian law, issues of international legal responsibility. In addition, there were differences in the use of such fundamental terms as “inherently governmental functions,” “military services”, etc.

6. The examination of the Montreux Document revealed that the first part did not contain any innovations, but that the provisions set out were derived mainly from existing sources of international law. The Montreux Document refers to the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. The second part of the Montreux Document refers to the national law of States. Additionally, the Montreux Document is non-binding and does not establish a supervision mechanism, one of its significant shortfalls.

7. Given the scale of the numerous human rights violations committed by PMSC personnel, the abuses committed by the companies themselves against workers sent into zones of armed conflict without appropriate legal safeguards, an international treaty on the subject is necessary.

## References

1. Bakker C., Sossai M. *Multilevel Regulation of Military and Security Contractors: The Interplay between International, European and Domestic Norms*. London: Bloomsbury Publishing. 2012. 664 p.
2. Bures O., Carrapiço H. Private security beyond private military and security companies: exploring diversity within private-public collaborations and its consequences for security governance. – *Crime Law and Social Change*. No. 67(3). 2017. P. 229–243.
3. Cockayne J. Private military and security companies. – *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (Ed. by Clapham A., Gaeta P.) Oxford: Oxford University Press. 2014. 1008 p.
4. Crawford E., Pert A. *International Humanitarian Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. 301 p.
5. Daza F. Delimitation and Presence of PMSCs: Impact on Human Rights. – *Public International Law and Human Rights Violations by Private Military and Security Companies* (Ed. by Torroja H.) Cham: Springer International Publishing AG. 2017. 158 p.
6. De Nevers R. Private military and security companies. – *Do the Geneva Conventions Matter?* (Ed. by Evangelista M., Tannenwald N.) Oxford University Press. 2017. P. 281–302.
7. Gasser M., Malzacher M. Beyond Banning Mercenaries: The Use of Private Military and Security Companies Under IHL. – *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice* (Ed. by Heffes E. et al.) The Hague: Asser Press. 2020. 158 p.
8. Gómez del Prado J.L. The Ineffectiveness of the Current Definition of a “Mercenary” in International Humanitarian and Criminal Law. – *Public International Law and Human Rights Violations by Private Military and Security Companies* (Ed. by Torroja H.) Cham: Springer International Publishing AG. 2017. 158 p.
9. Kotlyarov I.I. *Mezhdunarodno-pravovoe regulirovanie vooruzhennykh konfliktov: osnovnye teoreticheskie problemy i praktika : monografiya*. [International Legal Regulation of Armed Conflicts: Main Issues of Theory and Practice: Monograph]. M.: YurLitinform Publ. 2013. 502 p. (in Russ.)
10. Lehnardt C. Private military contractors. – *The Practice of Shared Responsibility in International Law* (Ed. by Nollkaemper A., Plakokefalos I.) Cambridge University Press. 2017. P. 761–780.
11. Manoilo A.V., Zaytsev A.Ya. *Mezhdunarodno-Pravovoi Status Chastnykh Voennykh Kompanii* [International Legal Status of Private Military Companies]. – *Herald of the Russian Academy of Sciences*. Vol. 90. No. 1. 2020. P. 46–54. (in Russ.)
12. Mathieu F., Rearden N. Corporate Mercenaries: The threat of private military and security companies. – *Review of African Political Economy*. Vol. 34. No. 114. 2007. P. 744–755.
13. Nebolsina M. Private Military and Security Companies. – *Russia in Global Affairs*. No. 17. 2019. P. 76–106.
14. Rusinova V.N. Klassifikatsiya lits v nemezhdunarodnykh vooruzhennykh konfliktakh: v poiskakh sbalansirovannogo podkhoda. – *Gosudarstvo i pravo*. No. 3. 2012. P. 61–69. (in Russ.)
15. Sassòli M. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*.

- Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. 2019. 720 p.
16. Seiberth C. *Private Military and Security Companies in International Law*. Cambridge: Interetia. 2014. xlv + 296 p.
17. Skuratova A.Yu., Korol'kova E.E. Smertonosnye av-

tonomnye sistemy vooruzhenii: problemy mezhdunarodno-pravovogo regulirovaniya [Lethal Autonomous Weapons Systems: Problems of International Legal Regulation]. – *Rossiiskij yuridicheskij zhurnal*. No. 1 (124). 2019. P. 22-30. (in Russ.)

#### About the Authors

##### **Alexandra Yu. Skuratova,**

Cand Sci. (Law), Associate Professor at the Department of International Law,  
Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University) MFA Russia

76, Prospect Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

interlawmgimo@bk.ru  
ORCID: 0000-0001-8513-8719

##### **Elena E. Korolkova,**

Assistance to the Public Prosecutor, Cand Sci. (Law)  
Prosecutor's office of the Orenburg region

51, Ul. Kobozeva, Orenburg, Russian Federation, 460000

korolkovaintlaw@gmail.com  
ORCID: 0000-0001-8932-5044

#### Информация об авторах

##### **Александра Юрьевна Скуратова,**

к.ю.н., доцент кафедры международного права

Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д.76

interlawmgimo@bk.ru  
ORCID: 0000-0001-8513-8719

##### **Елена Евгеньевна Королькова,**

к.ю.н., помощник прокурора района  
Прокуратура Оренбургской области

460000, Российская Федерация, Оренбург, ул. Кобозева, д.51

korolkovaintlaw@gmail.com  
ORCID: 0000-0001-8932-5044

## CONSULAR LAW

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-95-105>Research article  
Received 12.10.2020  
Approved 26.11.2020**Alexey P. Lyubimov**

FSBEI Russian Academy of Sciences  
14, Leninskiy av., Moscow, Russian Federation, 119991  
aplyubimov@presidium.ras.ru  
ORCID: 0000-0002-3050-3237

**Alexander M. Oreshenkov**

44-439, Mitinskaja str., Moscow, Russian Federation, 125430  
oream@mail.ru  
ORCID: 0000-0002-9660-5914

# ON THE HIERARCHY OF NORMATIVE LEGAL ACTS IN THE LEGAL SYSTEM: EXPERIENCE OF CONSULAR WORK ABROAD

**INTRODUCTION.** *The article analyzes the current problems of the consular service. In the practical work of officials of the consular service of the Russian Federation, periodically arise situations in which it is necessary to make decisions taking into account the hierarchy of national legal acts and norms of international law, which are an integral part of the legal system of Russia. The situation complicated by the lack of a normative document that clearly and unambiguously regulates the hierarchy of legal acts that make up this system. The present article, based on the experience of the authors' work abroad, is a comprehensive study for making possible decisions within the framework of the issue under consideration on those non-standard issues that periodically are faced by employees of consular offices.*

**MATERIALS AND METHODS.** *This article is based on the analysis of the provisions of article 15 of the Russian Constitution (taking into account the recently introduced amendments to the Constitution), on the decisions of the Constitutional and Supreme courts of Russia, laws of the Russian Federation, in particular, of the Civil code of the Russian Federation and the Federal law «On international treaties of the Russian Federation», and also in comparison of the legal systems of Russia, USA and Norway in the question of the primacy of national or interna-*

*tional law, as well on real situations that occurred during one of the author's work in the consular service of the Russian MFA. The research method is based on the General scientific method of cognition.*

**RESEARCH RESULTS.** *The article leads to the conclusion that in the question of the primacy of national or international law in the domestic legal system of a state gives its legislation different degrees of freedom to the Supreme state bodies in a flexible approach to the implementation of international legal obligations within the framework of the generally recognized principle of international law «pacta sunt servanda» – «treaties must be observed». Besides, within the framework of Russian national law, there are legally established opportunities to implement the norms of subordinate normative acts in the presence of a law that regulates the same type of relations in a different way.*

**DISCUSSIONS AND CONCLUSIONS.** *The article provides a regulatory framework that can be used by Russian foreign offices and the MFA in case of violation by the authorities of the host country of the norms of bilateral and multilateral treaties to which Russia and the country concerned are parties. As a conclusion, it is suggested that a clear understanding of the hierarchy of normative acts in the Russian legal system is necessary for its*

*competent application by officials of Russian foreign offices in solving issues in the field of national legislation, as well as the use of international law by these persons in protecting the rights and interests of the Russian Federation, its legal entities and individuals.*

**KEYWORDS.** *Hierarchy of normative acts, legal system of the state, national legislation, international law, place of international law in the legal system of the state, amendments to the Constitution of the Russian Federa-*

*tion, delegation of powers, correlation of the Constitution and international law, Russia, USA, Norway.*

**FOR CITATION.** Lyubimov A.P., Oreshenkov A.M. On the Hierarchy of Normative Legal Acts in the Legal System: Experience of Consular Work Abroad. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 4. P. 95–105. DOI: DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-95-105

*The authors declare the absence of conflict of interests.*

## КОНСУЛЬСКОЕ ПРАВО

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-95-105>

### Алексей Павлович Любимов

ФГБОУ Российская академия наук

119991, Российская Федерация, Москва, Ленинский пр-т, д. 14

aplyubimov@presidium.ras.ru

ORCID: 0000-0002-3050-3237

### Александр Михайлович Орешенков

125430, Российская Федерация, Москва, ул. Митинская, д. 44, кв. 439

oream@mail.ru

ORCID: 0000-0002-9660-5914

Исследовательская статья  
Поступила в редакцию: 12.10.2020  
Принята к публикации: 26.11.2020

# ОБ ИЕРАРХИИ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ: ОПЫТ КОНСУЛЬСКОЙ РАБОТЫ ЗА РУБЕЖОМ

**ВВЕДЕНИЕ.** В статье анализируются актуальные проблемы деятельности консульской службы. В практической работе должностных лиц консульской загранслужбы Российской Федерации периодически возникают ситуации, в рамках которых необходимо принимать решения с учетом иерархии нормативно-правовых актов и норм международного права, которые являются составной частью правовой системы России. Ситуация осложняется отсутствием нормативного документа, который четко и однозначно регламентировал бы иерархию входящих в ее состав правовых актов. Данная статья, основанная на опыте работы авторов за рубежом, представляет собой емкое исследование для при-

нятия возможных решений в рамках рассматриваемой проблематики по тем нестандартным вопросам, с которыми периодически сталкиваются сотрудники консульских учреждений.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** Настоящая статья основывается на анализе положений статьи 15 Конституции России (с учетом изменений, внесенных недавно в Конституцию), постановлений Конституционного и Верховного судов России, федеральных законов, в частности, Гражданского кодекса РФ и Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», а также на сравнении правовых систем России, США и Норвегии в вопросе о примате национального или международного права



с использованием в качестве примеров реальных ситуаций, возникавших во время работы одного из авторов в консульской службе МИД России. В качестве метода исследования использован общенаучный метод познания.

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** Статья подводит к выводу о том, что в вопросе о примате национального или международного права в национальной правовой системе того или иного государства его законодательство предоставляет высшим государственным органам разную степень свободы в возможности гибкого подхода к выполнению международно-правовых обязательств в рамках общепризнанного принципа международного права: «*pacata sunt servanda*» – «договоры должны соблюдаться». Кроме того, в рамках российского национального права существуют установленные в правовом порядке возможности исполнять нормы подзаконных нормативных актов при наличии закона, по-иному регулирующие однотипные отношения.

**ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ.** В статье приводится нормативная база, которой могут воспользоваться загранучреждения и МИД России в случае нарушения властями страны пребывания норм двусторонних и многосторонних договоров, участниками которых являются Россия и соответствующая страна. В качестве вывода

выражается мнение о необходимости четкого понимания иерархии нормативных актов в российской правовой системе для ее грамотного применения должностными лицами российских загранучреждений при решении вопросов в области национального законодательства, а также использования этими лицами норм международного права при защите прав и интересов Российской Федерации, ее юридических и физических лиц.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА.** Иерархия нормативных актов, правовая система государства, национальное законодательство, международное право, место норм международного права в правовой системе государства, поправки к Конституции Российской Федерации, делегирование полномочий, соотношение конституции и норм международного права, Россия, США, Норвегия.

**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ.** Любимов А.П., Орешенков А.М. 2020. Об иерархии нормативных правовых актов в правовой системе: опыт консульской работы за рубежом. – *Московский журнал международного права*. № 4. С. 95–105. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-95-105

Авторы заявляют об отсутствии конфликта интересов.

## 1. Introduction

The Russian legal system does not have a special Federal law that clearly and unambiguously regulates the hierarchy of its constituent regulations. The existence of this problem has been repeatedly discussed in the scientific literature [Lyubimov 2003; Lyubimov 2013].

Fundamental normative acts of the Russian consular foreign service – Federal law of the Russian Federation «Consular Charter of the Russian Federation» No. 154-FZ of 05.07.2010<sup>1</sup> and Decree of the President of the Russian Federation «On approval of The regulation on the consular institution of the Russian Federation» No. 1330 of 05.11.1998<sup>2</sup> – regulate

the main areas of practical activity of consular institutions. But they do not contain any answers or tips on how to correctly establish and apply a single procedure for resolving periodically emerging complex situations, in which officials of the Russian consular service need to make decisions taking into account the hierarchy of national legal acts and international law. Such a law would serve as a necessary basis and a convenient tool for resolving unforeseen situations. In the absence of a special Federal law about normative acts of consular work abroad forms an unregulated sphere for the actions of lobbyists of various directions, including shadowy ones, and other dubious subjects of the law-making process in our country [Lyubimov 1997].

<sup>1</sup> See: Federal law No. 154-FZ of July 5, 2010 «Consular Charter of the Russian Federation». – Reference and legal system Garant. URL: <https://base.garant.ru/12177011/> (accessed 10.04.2020).

<sup>2</sup> See: Decree of the President of the Russian Federation «On approval of The regulation on the consular institution of the Russian Federation» No. 1330 dated 05.11.1998. Official website of the President of Russia. URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/13091> (accessed 02.06.2020).

## 2. Main body

Some uncertainty about the hierarchy in the Russian legal system already follows from the Constitution of the Russian Federation. So according to part 2 of article 4 of the principal law of Russia: «The Constitution of the Russian Federation and Federal laws shall have supremacy throughout the Russian Federation» and part 1 of article 15: «The Constitution of the Russian Federation has Supreme legal force and direct effect and is applied throughout the Russian Federation»<sup>3</sup>. However, part 4 of the same article states: «If an international Treaty of the Russian Federation establishes rules other than those provided for by law, the rules of the international Treaty shall apply»<sup>4</sup>. In other words, the provisions of the principal law of the Russian state initially contain some ambiguity in the question of whether national or international law has primacy in the Russian legal system.

In the comments to part 4 of article 15 of the Constitution of the Russian Federation (edited by V.D. Zorkin and L.V. Lazarev)<sup>5</sup> the authors point to the distinction made by the Constitution (in relation to the above-mentioned provisions of our principal law) between the operation and application of legal norms, from which follow «the limits of priority of an international Treaty in application in the event of its collision with the national legal order. In particular, the Constitution occupies a dominant position in the hierarchy of the legal system and in the event of a collision with the norms of an international Treaty, by virtue of part 1 of article 15, it always has absolute supremacy; only international treaties ratified by the Federal legislator have an advantage in their application, as for intergovernmental or interdepartmental agreements, they do not have such an advantage in relation to the national law, which follows from the interrelated provisions of Constitutions art. 10, 71, 86, 90, 105-107, 113, 114, 125 etc.».

At the same time, they draw attention to the fact that «in the text of part 4 of the commented article

clearly browses the recognition of international and domestic law as two different legal systems, which has deep grounds. In particular, international law differs from domestic law in terms of the scope of regulation, subjects, processes of creation and sources, guarantees of compliance, and continues to be mainly interstate law. As for the Constitution, it establishes a mechanism for their coordination and interaction». [Kommentarii k Konstitutsii... 2009:166]

A slightly different position is held by the well-known Russian international lawyer I.I. Lukashuk. In his textbook «International law», he notes, that: «The Constitution of Russia has included the generally recognized principles and norms of international law in the legal system of the country. This is called the incorporation of international law. However, the Constitution does not provide a direct answer to the question of the place of these norms in the legal system. The analysis of Russian law gives grounds to conclude that generally recognized principles and norms of international law have priority over the norms of law».<sup>6</sup>

The above-mentioned position and opinion should be considered subject to article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969<sup>7</sup>, which states: «A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty». Neither the position nor the opinion give a direct and unambiguous answer to the question of what rules should be applied in the event of a collision between the norm of the Constitution of the Russian Federation and the norm of an international Treaty to which the Russian state is a party, especially taking into account article 26 of the same Convention, which sets out the generally recognized principle of international law «pacta sunt servanda» – «treaties must be observed».

According to part 2 (g) of article 125 of the Constitution of the Russian Federation<sup>8</sup> and part 1(1) of article 3 of the Federal constitutional law of July 21, 1994 No. 1-FKZ «On the Constitutional court of the

<sup>3</sup> See: Constitution of the Russian Federation of December 12, 1993. – Collection of legislation of the Russian Federation. 2014. No. 31. Art. 4398.

<sup>4</sup> See: Constitution of the Russian Federation of December 12, 1993. – Collection of legislation of the Russian Federation. 2014. No. 31. Art. 4398.

<sup>5</sup> See: Commentary to the Constitution of the Russian Federation, ed. by V.D. Zorkin, L.V. Lazarev, Moscow: Eksmo, 2009, pp. 167-168.

<sup>6</sup> Lukashuk I.I. Mezhdunarodnoe pravo: Obshchaya chast' [International law: general part]. Moscow, Wolters Kluwer Publ. 2005. 432 p. (in Russ.), see also [Lukashuk 1968].

<sup>7</sup> See: Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 – The UN website. URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (accessed 09.10.2020).

<sup>8</sup> See: Constitution of the Russian Federation of December 12, 1993. – Collection of legislation of the Russian Federation. 2014. No. 31. Art. 4398.

Russian Federation»<sup>9</sup>, the Constitutional court of Russia has the right to resolve cases on compliance of international treaties of the Russian Federation, that have not entered into force, with the Constitution of the Russian Federation. Chapter X of the same law defines the procedure for consideration of cases on compliance with the Constitution of the Russian Federation of international treaties of the Russian Federation that have not entered into force.

Article 22 of Federal law No. 101-FZ of July 15, 1995 «On international treaties of the Russian Federation»<sup>10</sup> states: «If an international Treaty contains rules requiring changes to certain provisions of the Constitution of the Russian Federation, a decision on consent to be bound by it for the Russian Federation may be made in the form of a Federal law only after making appropriate amendments to the Constitution of the Russian Federation or reviewing its provisions in accordance with the established procedure». In other words, it establishes a procedure for cases when Russia is considering entering into a Treaty or joining a Treaty containing provisions that do not correspond to or contradict the Constitution.

At present «... the bearer of sovereignty and the only source of power in the Russian Federation is its multinational people .... exercising their power directly, as well as through state authorities» (parts 1 and 2 of article 3 of the Constitution of the Russian Federation)<sup>11</sup>. If international treaties of the Russian Federation and its national laws are approved according to a single scheme (Federal Assembly → President), then the principal law of Russia and amendments to it (in relation to chapters 1, 2 and 9 of the Constitution) are submitted to a national referendum. From this point of view, the Constitution of the Russian Federation has the highest significance in the hierarchy of normative acts in the Russian legal system.

At the same time, in determining the hierarchical relations between the Constitution and international law, the Constitutional court of the Russian Federation has the power to resolve cases on compliance with the Constitution of the Russian Federation of international treaties of the Russian Federation that have not entered into force (part 2 of article 125 of the Constitution). Thus, the Constitutional court of the Russian Federation, using the powers given to it, gives an official, although sometimes criticized by Russian political scientists<sup>12</sup>, interpretation of the relationship between the norms of Russian legislation and international law in the Russian legal system. Recently added amendments to the Constitution of the Russian Federation extend the powers of the Constitutional court of the Russian Federation.

In the Conclusion of the Constitutional court of the Russian Federation «On compliance with the provisions of chapters 1, 2 and 9 of the Constitution of the Russian Federation to the not yet entered into force provisions of the Law of the Russian Federation on amendments to the Constitution of the Russian Federation «On improving the regulation of certain issues of the organization and functioning of public power», as well as on compliance with the Constitution of the Russian Federation of the procedure for entry into force of article 1 of this Law in connection with the request of the President of the Russian Federation of March 16, 2020 No. 1-Z»<sup>13</sup> gives the Constitutional court them the following assessment:

«Article 1 of the amendment law provides for the addition of article 79 of the Constitution of the Russian Federation with the provision that decisions of interstate bodies adopted on the basis of provisions of international treaties of the Russian Federation in their interpretation that contradicts the Constitution of the Russian Federation are not subject to execution in the Russian Federation. It involves the addi-

<sup>9</sup> See: Federal constitutional law No. 1-FKZ of July 21, 1994 «On the Constitutional court of the Russian Federation». – Reference and legal system Garant. URL: <http://base.garant.ru/10103790/> (accessed 17.07.2020).

<sup>10</sup> See: Federal law No. 101-FZ of July 15, 1995 «On international treaties of the Russian Federation». – Reference and legal system Garant. URL: <https://base.garant.ru/10101207/> (accessed 10.04.2020).

<sup>11</sup> See: Constitution of the Russian Federation of December 12, 1993. – Collection of legislation of the Russian Federation. 2014. No. 31. Art. 4398.

<sup>12</sup> Chernyakhovskii S. *Volya naroda vyshe lyubykh mezhdunarodnykh norm [The will of the people is above any international norms]*. 2011. URL: <http://viperson.ru/articles/volya-naroda-vyshe-lyubykh-mezhdunarodnykh-norm> (accessed 09.04.2020) (in Russ.)

<sup>13</sup> See: The Conclusion of the Constitutional court of the Russian Federation on compliance with the provisions of chapters 1, 2 and 9 of the Constitution of the Russian Federation to the not yet entered into force provisions of the Law of the Russian Federation on amendments to the Constitution of the Russian Federation «On improving the regulation of certain issues of the organization and functioning of public power», as well as on compliance with the Constitution of the Russian Federation of the procedure for entry into force of article 1 of this Law in connection with the request of the President of the Russian Federation of March 16, 2020 No. 1-Z city of Saint Petersburg. – Rossiyskaya Gazeta. 17.03.2020. URL: <https://rg.ru/2020/03/17/ks-rf-popravki-dok.html> (accessed 09.10.2020).

tion of article 125 of the Constitution of the Russian Federation, according to which the Constitutional court of the Russian Federation in the order established by Federal constitutional law, resolves the issue on the possibility of execution of decisions of interstate bodies taken under the provisions of the international treaties of the Russian Federation in their interpretation, contrary to the Constitution of the Russian Federation, and also about possibility of execution of decisions of foreign or international (inter-state) court, foreign or international arbitration court (arbitration), imposing obligations on the Russian Federation, if this decision contradicts the principles of public law and order of the Russian Federation (point «b» of part 5<sup>1</sup>).

These provisions, as it directly follows from their wording, do not imply the refusal of the Russian Federation to comply with international treaties themselves and fulfill its international obligations, and therefore do not conflict with article 15 (part 4) of the Constitution of the Russian Federation.

This mechanism is not intended for approving the refusal to execute international treaties and decisions of interstate jurisdictional bodies based on them, but for developing a constitutionally acceptable method of executing such decisions by the Russian Federation while steadily ensuring the Supreme legal force of the Constitution of the Russian Federation in the Russian legal system, which includes unilateral and multilateral international treaties of Russia, including those providing for the relevant powers of interstate jurisdictions».

We see a different approach in the Norwegian legal system. Thus § 89 of the Constitution of this country<sup>14</sup> states: «In cases brought before the courts, the courts have the right and obligation to try whether it contradicts the Constitution to apply a legal regulation, and whether it contradicts the Constitution or the laws of the country to apply other decisions made during the exercise of Public Authority». Of particular interest is the fact that Norwegian legislators excluded this article from their Constitution in 1920,

and 100 years later restored it to its primordial form by the Royal resolution No. 1086 of May 29, 2020<sup>15</sup>.

Well-known Norwegian lawyer, Professor Johannes Andenæs, in his work «Sovereignty and property right on Svalbard», comments as follows decisions taken by Norwegian courts in the light of the Norwegian Constitution: «If the norms of Norwegian law do not comply with the treaty obligations of the state, the Norwegian courts should take Norwegian law as the basis. This applies regardless of whether the Treaty was concluded earlier or later than the adoption of the relevant legal norms. On the other hand, it is a generally accepted principle that Norwegian laws should, as far as possible, be interpreted in such a way that they comply with the international legal obligations of the state» [Andenæs1984]. In the future, this approach has undergone some changes [Isaev 2019: 91-103].

Analogous problems are solved in the US legal system in a similar way. Thus, the US Constitution (part 2 of article 6)<sup>16</sup>, establishing the supremacy of the Constitution, laws and international treaties of the United States over the constitutions and laws of its constituent States, does not contain provisions that determine the place of international agreements in this system.

The ability to make decisions for this type of issue is provided for in § 1257 (a) of title 28 of the United States Code of laws<sup>17</sup>, which states: «Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States». However, the Code does not provide a regulatory framework for their decision.

<sup>14</sup> See: Kongeriket Norges Grunnlov, 17.05.1814. – Legal reference system Lovdata. URL: [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1814-05-17#KAPITTEL\\_2](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1814-05-17#KAPITTEL_2) (accessed 11.04.2020).

<sup>15</sup> See: The Royal resolution No. 1086 of May 29, 2020. – Legal reference system Lovdata. URL: <https://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2020-05-29-1086> (accessed 10.10.2020).

<sup>16</sup> See: The Constitution of the United States of America. – Reference and legal system State Symbols USA. URL: <https://statesymbolsusa.org/symbol-official-item/national-us/state-cultural-heritage/united-states-constitution> (accessed 09.10.2020). (This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.)

<sup>17</sup> See: 28 U.S. Code § 1257 (a). State courts; certiorari. – Website of the Legal Information Institute of the Cornell Law School. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1257> (accessed 09.10.2020).



In the article «Characteristic traits and features of the US judicial system», Professor of the BSU faculty of law M.F. Chudakov writes: «State Supreme courts, when evaluating legal norms, use not only the US Constitution as a criterion, but also their own Constitution. Of course, they, like the US Supreme Court, use all the elements of the so-called «living» Constitution, i.e., previous court decisions, certain traditions, and their understanding of justice and the common good. We know the famous words of Charles Evans Hughes, one of the judges and then chief Justice of the United States Supreme Court, who said: «The Constitution is what the Supreme court says about it» [Chudakov 1999].

This approach, taking into account the peculiarities of the US judicial system, can also be applied for resolving issues that arise in the event of a collision between the norms of the national legislation of the United States and international treaties to which this country is a party. In the scientific literature, there are other points of view and issues related to national legal systems [Glebov 2015; Suzdal'tsev 2017; Shchitov 2019; Marochkin 2019; Roberts 2017; Tunkin 1974].

To summarize the above, it is advisable to note that the authority of a state in the international arena ultimately depends not on any form of supremacy, but on the ability of the state to faithfully comply with and fulfill its obligations. The US and Norwegian constitutions, which were adopted in 1787 and 1814 respectively, and which do not regulate the primacy of national or international law in any way, give the highest judicial authorities of these countries a greater degree of freedom in the possibility of a flexible approach to the implementation of international legal obligations within the framework of the generally recognized principle of international law «*pacta sunt servanda*». Although if we take the international practice of the United States in recent years, it is replete with legislative sanctions against many States, which does not always fit in with international law [Lyubimov 2018; Bendersky, Shchitov 2020].

Due to the absence of a law defining the hierarchy of the Russian legal system, staff members of Russian consular offices abroad when practical questions related to the need to take into account the relevant issues arise, should take into account the provisions of the Civil code of the Russian Federation, which establishes the hierarchy of by-laws in the field of law

regulated by it. So art. 3 (5) of the Code<sup>18</sup> states: «If a decree of the President of the Russian Federation or a decree of the Government of the Russian Federation contradicts this Code or another law, this Code or the corresponding law shall apply».

The relevant provisions of the Civil code can be used to resolve similar issues in other areas of law. However, it should be borne in mind that the above-mentioned principles may not always be automatically used, especially for those cases when in order to resolve a certain legal situation it is necessary to follow the regulations governing relations in different areas of law. For example, if obtaining socio-economic benefits, some category of Russian citizens is equal to the other in one area of regulated relations, equal category is not entitled to demand execution of the law from the appropriate place by analogy to obtain the benefits set forth in normative acts in other areas of law. In particular, this is due to the state's budgetary capabilities.

With regard to the range of non-standard issues that consular offices periodically face, their officials sometimes have to make decisions in an urgent mode of work. At the same time, consular offices abroad should be guided by the following hierarchical vertical of normative legal acts [Lyubimov 2006]:

- 1) The Constitution of the Russian Federation;
- 2) Generally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation;
- 3) Federal constitutional laws of the Russian Federation;
- 4) Federal laws of the Russian Federation;
- 5) Decrees of the President of the Russian Federation;
- 6) Resolutions of the Government of the Russian Federation;
- 7) Orders for the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation;
- 8) Orders for the Embassy of the Russian Federation in the host country.

However, there are exceptions to the rules established by the Civil code, for example, p. 3 of «The administrative regulations of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation on the provision of state services for the registration and issuance of a passport certifying the identity of a citizen of the Russian Federation outside the territory of the Russian Federation containing an electronic data car-

<sup>18</sup> See: Civil code of the Russian Federation. – Reference and legal system Garant. URL: <https://base.garant.ru/10164072/5ac206a89ea76855804609cd950fcdf7/> (accessed 10.04.2020).

rier» approved by order No. 2114 of 12 February, 2020<sup>19</sup>, defines the procedure for obtaining information on the provision of appropriate public services.

In the case of conflicts on this legal field between applicants and employees of the consular institution, apply the decision of the Supreme Court of the Russian Federation of June 17, 2008 No. GKGI08-1158<sup>20</sup> and definition of Cassation Board of Supreme Court of the Russian Federation dated September 16, 2008 No. KAS08-485<sup>21</sup>, from which follows that if there is a special regulatory legal act with less legal force in relation to the issues contained in the appeal, then the procedure for considering these issues does not fall, for example, under the regulatory provisions of the «Law on appeals», which has more legal force.

Similarly to the absence of a normative hierarchy in national legislation there is no established concept and list of generally recognized principles and norms of international law in the Russian legal system. The Supreme Court of the Russian Federation stated its position on the above-mentioned provision of the Constitution in its resolution No. 5 of October 10, 2003 «On the application by courts of General jurisdiction of generally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation»<sup>22</sup>.

According to paragraph 1 of the resolution: «generally recognized principles of international law should be understood as fundamental peremptory norms of international law accepted and recognized by the international community of States as a whole, deviation from which is unacceptable. A generally recognized norm of international law should be understood as a rule of conduct accepted and recognized by the international community of States as a whole as legally binding».

It should also be recalled that the custom of presenting the head of the Embassy and its members to the authorities of the country where they arrived to carry out their mission has come into modern practice from the depths of centuries. Later, this international legal custom was codified and became a norm of international Treaty law, for example, of the Vienna Convention on diplomatic relations of April 18, 1961<sup>23</sup>, article 10 of which provides for the accreditation of employees of foreign missions.

However, if the accreditation of newly arrived employees has become a norm of international Treaty law, the Convention does not regulate the form of notification of their arrival, final departure or termination of functions. The provision in its preamble that «the rules of customary international law should continue to govern questions not expressly regulated by the provisions of the present Convention» presupposes that the form of notification should be regulated by the rules of established custom.

In the present case, the introduction by the host state of a notification form based on national legislation would constitute a violation of the above-mentioned provision of the Vienna Convention. The sixth paragraph of p. 6 of the decree of the President of the Russian Federation No. 1497 of October 28, 1996 «On approval of The regulation on the Embassy of the Russian Federation»<sup>24</sup> prescribes Embassies to «monitor the implementation of bilateral agreements of the Russian Federation with the host state, as well as multilateral agreements regarding the relations of the Russian Federation with the host state».

The procedure for monitoring the host state's compliance with the norms of international Treaty law and measures taken in the event of their violation is also established by the provisions of parts 2 and 4

<sup>19</sup> See: Order of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation No. 2114 of February 12, 2020 «On approval of The administrative regulations of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation on the provision of state services for the registration and issuance of a passport certifying the identity of a citizen of the Russian Federation outside the territory of the Russian Federation containing an electronic data carrier». – Reference and legal system Garant. URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/74448481/> (accessed 13.09.2020).

<sup>20</sup> See: The Supreme Court of the Russian Federation. Decision of June 17, 2008 No. GKPI08-1158. – Archive of court decisions. URL: <http://sudrf.kodeks.ru/rospravo/document/902122936> (accessed 10.04.2020).

<sup>21</sup> See: The Supreme Court of The Russian Federation. Cassation Board. Definition of September 16, 2008 No. KAS08-485. – Archive of court decisions. URL: <http://sudrf.kodeks.ru/rospravo/document/902122949> (accessed 10.04.2020).

<sup>22</sup> See: Resolution No. 5 of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of October 10, 2003 «On the application by courts of General jurisdiction of generally recognized principles and norms of international law and international treaties of the Russian Federation». – Reference and legal system Garant. URL: <https://base.garant.ru/12132854/> (accessed 10.04.2020).

<sup>23</sup> See: Vienna Convention on diplomatic relations of 1961. – The UN website. URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf) (accessed 09.10.2020).

<sup>24</sup> See: Decree of the President of the Russian Federation No. 1497 of October 28, 1996 «On approval of The regulation on the Embassy of the Russian Federation». – Reference and legal system Garant. URL: <https://base.garant.ru/10118700/> (accessed 10.04.2020).

of article 32 and article 33 of the Federal law of July 15, 1995 No. 101-FZ «On international treaties of the Russian Federation»<sup>25</sup>, according to which «General monitoring of the implementation of international treaties of the Russian Federation is carried out by the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation», which «in case of violation of obligations under an international Treaty of the Russian Federation by other parties to it (itself or jointly with other interested agencies) ... submits proposals to the President of the Russian Federation or to the Government of the Russian Federation to take the necessary measures in accordance with the norms of international law and the terms of the Treaty itself».

### 3. Conclusion

The absolute majority of consular actions performed by officials of foreign missions in the host countries are regulated by the national legislation of the sending state. At the same time, these functions are performed on the territory of a foreign state in relation to persons who are interested in resolving certain administrative and legal issues on the territory of the state represented by the consular official. This situation requires the consular officer to know and understand the interaction of national legislation, international law and the law of the host country.

While working in a foreign country, a Russian consular official is obliged, in accordance with the Russian Consular Charter, to protect the rights and interests of the Russian Federation and to take measures to ensure that citizens of the Russian Federation and Russian legal entities enjoy in the represented state in full the rights established by the Constitution of the Russian Federation, generally recognized principles and norms of international law, and international treaties to which the Russian Federation and the host state are parties, the legislation of the Russian Federation and the legislation of the host state.

Knowledge of the regulations listed in part 1 of article 1 of the Federal law of the Russian Federation «Consular Charter of the Russian Federation» No. 154-FZ of July 5, 2010<sup>26</sup> involves a very broad outlook, deep legal knowledge of consular officials, the ability to competently perform the listed legal regula-

tions in solving of its tasks in the field of national legislation, and use of customary international law and the international treaties to which it is a party the host country and the represented state, while protecting the rights and interests of the Russian Federation, legal and physical persons in the territory of the host country.

Issues that were previously on the periphery of the tasks of the consular service have recently become particularly acute in the consular work. These include issues of criminal liability and punishment of Russian citizens on the territory of the host country [Lyubimov 2014], removal of children by juvenile authorities from the families of Russian citizens, labor immigration and migration [Pronchev and others 2019; Pronchev 2019]. A large amount of legal work is related to election campaigns, in particular, the organization of polling stations during the elections of deputies to the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation or the President of the Russian Federation, counting the votes of Russian citizens living abroad [Lyubimov 1998; Shchitov 2018; Lyubimov, Oreshenkov 2020]. These issues, in addition to their knowledge or study, require the ability to use applicable regulations in specific circumstances on the spot in the host country, as well as the use of local legal advice.

International human rights treaties that can be actively used in the practical work of consular officials to protect the rights and interests of Russian citizens in the host country include «The Universal Declaration of Human Rights» adopted by the United Nations on December 10, 1948, «International Covenant on Civil and Political Rights» of December 19, 1966, «International Covenant on Economic, Social and Cultural rights» of December 16, 1966, and in the work of Russian consular institutions in Europe – «Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms» of November 4, 1950. The main difference between the Convention and the above-mentioned international human rights treaties is the actual mechanism for protecting the rights declared in the Convention by individual appeal to the European court of human rights (ECHR), which considers individual complaints on violations of the Convention.

<sup>25</sup> See: Federal law No. 101-FZ of July 15, 1995 «On international treaties of the Russian Federation». – Reference and legal system Garant. URL: <https://base.garant.ru/10101207/> (accessed 10.04.2020).

<sup>26</sup> See: Federal law No. 154-FZ of July 5, 2010 «Consular Charter of the Russian Federation». – Reference and legal system Garant. URL: <https://base.garant.ru/12177011/> (accessed 10.04.2020).

## References

1. Andenæs Johs. *Suverenitet og eiendomsrett på Svalbard*. Oslo, Universitetsforlaget. 1984. 35 p.
2. Benderskii I.L., Shchitov A.N. Retsenziya na knigu M.A. Neimarka «Myagkaya sila v mirovoi politike» [Review of the book «Soft power in world politics» by Neimark M.A.] – *Aktual'nye voprosy ekonomiki, upravleniya i prava: sbornik nauchnykh trudov (Ezhegodnik) [Topical issues of Economics, management and law: collection of scientific papers (Yearbook)]*. 2020. No. 1. P. 19-35. (in Russ.)
3. Chudakov M.F. *Kharakternye cherty i osobennosti sudebnoi sistemy SShA [Characteristic traits and features of the US judicial system]*. 1999. URL: [http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/28890/1/17\\_%D1%87%D1%83%D0%B4%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%B2.pdf](http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/28890/1/17_%D1%87%D1%83%D0%B4%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%B2.pdf) (accessed 09.04.2020) (in Russ.)
4. Glebov I.N. Perspektivy nauki mezhdunarodnogo prava [Prospects for the science of international law (part 2)]. – *Aktual'nye voprosy ekonomiki, upravleniya i prava: sbornik nauchnykh trudov (Ezhegodnik) [Topical issues of Economics, management and law: collection of scientific papers (Yearbook)]*. 2015. No. 2-3. P. 5-25. (in Russ.)
5. Isaev M.A. Mezhdunarodno-pravovaya argumentatsiya v sudakh obshchei yurisdiktsii skandinavskikh stran: doktrinal'nye otsenki [International law argumentation in the national courts of the Scandinavian countries: doctrinal approaches]. – *Moscow journal of international law*. 2019. No. 4. P. 91–103. DOI: 10.24833/0869-0049-2019-4-91-103 (in Russ.)
6. Marochkin S.Yu. *The Operation of International Law in the Russian Legal System. A Changing Approach*. Leiden; Boston: Brill Nijhof. 2019. xvi+324 p. DOI: <https://doi.org/10.1163/9789004391017>
7. *Kommentarii k Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii. Pod red. V.D. Zorkina, L.V. Lazareva [Commentary to the Constitution of the Russian Federation. Ed. by V.D. Zorkin, L.V. Lazarev]*. Moscow: Eksmo Publ. 2009. 999 p. (in Russ.)
8. Lukashuk I.I. *International law: General part: (Synopsis)*. Kiev: Kiev State University Press, 105 p. 1968. 105 p.
9. Lyubimov A.P. Aktual'nye voprosy lobbizma v Parlaменте Rossii [Actual questions of lobbying in the Russian Parliament]. – *Predstavitel'naya vlast' [Representative power]*. 1997. No. 10. P. 81-92. (in Russ.)
10. Lyubimov A.P. Ob obshchestvennom (publichnom) kontrole za komp'yuternym podschetom golosov vo vremya vyborov [About the social (public) control over the computer tabulation of votes during the election]. – *Zakonodatel'stvo [Legislation]*. 1998. No. 11. P. 69-76. (in Russ.)
11. Lyubimov A.P. Konstitutsiya Rossiiskoi Federatsii: problemy i voprosy tolkovaniya [The Constitution of the Russian Federation: questions and problems of interpretation]. – *Predstavitel'naya vlast': XXI vek [Representative power: XXI century]*. 2003. No. 6. P. 12-14. (in Russ.)
12. Lyubimov A.P. *Konstitutsiya RF v tablitsakh i skhemakh [Constitution of the Russian Federation. In tables and diagrams]*. Moscow: Ekzamen Publ. 2006. 176 p. (in Russ.)
13. Lyubimov A.P. 20 let Konstitutsii RF [20 years of the Constitution of the Russian Federation]. – *Predstavitel'naya vlast': XXI vek [Representative power: XXI century]*. 2013. No. 7-8. P. 14-17. (in Russ.)
14. Lyubimov A.P. On the death penalty in Russia. – *Revija za kriminologiju i krivicno pravo*. 2014. No. 1. P. 65-70.
15. Lyubimov A.P. US law «On countering America's opponents through sanctions» // *Bulletin of the Diplomatic academy of the Russian MFA. International law*. 2018. No. 1(9), p. 25-39.
16. Lyubimov A.P., Oreshenkov A.M. O podgotovke i provedenii vyborov v zagranuchrezhdeniyakh Rossii [About the preparation and conduct of elections in foreign institutions of Russia]. – *Predstavitel'naya vlast': XXI vek [Representative power: XXI century]*. 2020. No. 5-6, p. 32-37. (in Russ.)
17. Pronchev G.B., Lyubimov A.P., Proncheva N.G., Tretiakova I.V. Social and economic causes of labor migration in contemporary Russia. – *Espacios*. 2019. V. 40. No. 32. 13 p.
18. Pronchev G.B., Tretyakova I.V., Lyubimov A.P., Proncheva N.G. Osobennosti trudovoi migratsii v sovremennoi Rossii [Features of labor migration in modern Russia]. – *Predstavitel'naya vlast': XXI vek [Representative power: XXI century]*. 2019. No. 1-2. P. 53-57. (in Russ.)
19. Shchitov A.N. Aktual'nye voprosy vyborov prezidenta Rossii 2018 goda [Actual questions of the Russian presidential election of 2018]. – *Aktual'nye voprosy ekonomiki, upravleniya i prava: sbornik nauchnykh trudov (Ezhegodnik) [Topical issues of Economics, management and law: collection of scientific papers (Yearbook)]*. 2018. No. 1. P. 115-128. (in Russ.)
20. Shchitov A.N. Transformatsiya mezhdunarodnykh ot-noshenii: diplomatiya i parvo [Transformation of international relations: diplomacy and law]. – *Aktual'nye voprosy ekonomiki, upravleniya i prava: sbornik nauchnykh trudov (Ezhegodnik) [Topical issues of Economics, management and law: collection of scientific papers (Yearbook)]*. 2019. No. 2-3. P. 73-78. (in Russ.)
21. Suzdal'tsev E.S. Ot prava narodov k mezhdunarodnomu pravu. Osnovopolagayushchie printsiipy mezhdunarodno-pravovoi doktriny SShA [From the law of peoples to the international law. Fundamental principles of the international legal doctrine of the USA]. – *Aktual'nye voprosy ekonomiki, upravleniya i prava: sbornik nauchnykh trudov (Ezhegodnik) [Topical issues of Economics, management and law: collection of scientific papers (Yearbook)]*. 2017. No. 1. P. 18-51. (in Russ.)
22. Roberts A. *Is International Law International?* Oxford: Oxford University Press. 2017. 406 p.
23. Tunkin G.I. *Theory of International Law*. Harvard University Press. 1974. 497 p.



**About the Authors****Alexey P. Lyubimov,**

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Deputy Head Academic Secretary of Presidium,  
FSBEI Russian Academy of Sciences

14, Leninskiy av., Moscow, Russian Federation, 119991

aplyubimov@presidium.ras.ru

ORCID: 0000-0002-3050-3237

**Alexander M. Oreshenkov,**

Cand. Sci. (Law), Retired Adviser

44-439, Mitinskaja str., Moscow, 125430, Russian Federation

oream@mail.ru

ORCID: 0000-0002-9660-5914

**Информация об авторах****Алексей Павлович Любимов,**

доктор юридических наук, профессор, заместитель главного ученого секретаря Президиума РАН  
ФГБОУ Российская академия наук

119991, Российская Федерация, Москва, Ленинский пр-т, д. 14

aplyubimov@presidium.ras.ru

ORCID: 0000-0002-3050-3237

**Александр Михайлович Орешенков,**

кандидат юридических наук, советник в отставке

125430, Российская Федерация, Москва, ул. Митинская, д. 44, кв. 439

oream@mail.ru

ORCID: 0000-0002-9660-5914.

## МЕЖДУНАРОДНОЕ МОРСКОЕ ПРАВО

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-106-118>

Исследовательская статья  
Поступила в редакцию: 03.02.2020  
Принята к публикации: 10.11.2020

**Глазова Анастасия Петровна**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Мясницкая ул., 20, Москва, 101000, Российская Федерация

angla.1892@mail.ru

ORCID ID: 0000-0001-7789-9323

# ПРИМЕНЕНИЕ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОГО ХАРАКТЕРА НА МОРЕ: ВОПРОСЫ ЮРИСДИКЦИИ

**ВВЕДЕНИЕ.** В настоящее время государства могут применять на море комплекс принудительных мер правоохрнительного характера<sup>1</sup> с целью противодействия таким противоправным явлениям, как пиратство, работорговля, незаконный оборот наркотиков, незаконная перевозка мигрантов и т.д. Однако в ходе реализации данных мер камнем преткновения становится осуществление юрисдикций государствами в пределах различных морских пространств. Государству, пытающемуся реализовать правоохрнительную функцию на море, нельзя игнорировать тот факт, что возможность создавать нормы права и обеспечивать их реальное исполнение зависит не только от его воли, но и от ограничений, накладываемых международным правом. Поэтому сохранение баланса между разграничением морских районов и необходимостью осуществлять правоохрнительную функцию закономерно влечет за собой потребность определить сущность и содержание понятия «юрисдикция государства» в пределах различных морских пространств, а также выявить специфические черты данной правовой категории. Настоящая статья посвящена рассмотрению соответствующих вопросов.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** В ходе исследования автор использует исторический, догматический, сравнительно-правовой методы, а также метод анализа и синтеза. Основное внимание сфокусировано на нормах международного договорного и обычного права, а также национального права, регулирующих вопросы, связанные с применением принудительных мер правоохрнительного характера на море. Помимо этого исследованы доктринальные работы по теме – как отечественных, так и зарубежных юристов-международников.

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** Автор приходит к выводу, что территориальная юрисдикция в пределах морской территории не является абсолютной. Определение юрисдикции как экстратерриториальной не является достаточным, поскольку в случае возникновения конфликта юрисдикций требуются дополнительные правовые критерии для его разрешения. Классификация экстратерриториальной юрисдикции в зависимости от принципов, на которых она основывается, также не решает проблему, поскольку некоторые принципы, такие как защитный или универсальный, в свою очередь, требуют дополнительных критериев, чтобы стать действенным инстру-

<sup>1</sup> В частности, такие меры, как остановка и осмотр судна, преследование по горячим следам и т.д.

ментом для преодоления правовой неопределенности.

Автор отмечает, что право на территориальную юрисдикцию в пределах морских пространств, как правило, обуславливает возможность осуществлять законодательную и исполнительную юрисдикции, которые также не носят абсолютно характера. Осуществление экстратерриториальной законодательной или исполнительной юрисдикции на море потенциально допустимо лишь на основе норм международного права, для решения какой-либо конкретной задачи, к примеру, правоохранительной.

**ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ.** Основная проблема заключается в том, что предложенные международно-правовой наукой разновидности юрисдикций лишь дополняют друг друга, не объясняя, почему выбор того или иного образа действий должен стать предпочтительным в случае коллизии. Сложившаяся неопределенность оказывает значительное влияние на институт принудительных

мер правоохранительного характера на море. В отсутствие стандартов их осуществления, которые могли бы сбалансировать данный механизм, правоприменитель вынужден учитывать ряд факторов при принятии решения об осуществлении принудительных мер правоохранительного характера в пределах морских пространств.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** принудительные меры правоохранительного характера, морские пространства, суверенитет государства, территориальная юрисдикция, экстратерриториальная юрисдикция, законодательная юрисдикция, исполнительная юрисдикция, суверенные права, суверенитет.

**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:** Глазова А.П. 2020. Применение принудительных мер правоохранительного характера на море: вопросы юрисдикции. – Московский журнал международного права. № 4. С. 106–118. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-106-118

## INTERNATIONAL LAW OF THE SEA

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-106-118>

**Anastasia P. Glazova**

National Research University Higher School of Economics,  
20, Myasnitckaya Ulitsa, Moscow, Russian Federation, 101000  
angla.1892@mail.ru  
ORCID ID: 0000-0001-7789-9323

Research article  
Received 03.02.2020  
Approved 10.11.2020

# GENERAL ISSUES OF THE EXERCISE OF JURISDICTION IN THE PROCESS OF APPLICATION OF LAW ENFORCEMENT MEASURES AT SEA

**INTRODUCTION.** Currently, states can apply a whole range of law enforcement measures at sea in order to prevent such unlawful phenomena as piracy, slave trade, drug trafficking, migrant smuggling, etc. However, the problem of the exercise of jurisdiction by states within various maritime areas is the main sticking point during the implementation of these measures.

In an attempt to exercise the law enforcement function at sea, the state can't ignore the fact that its ability to create legal norms and ensure their effective implementation depends not only on its will as a sovereign, but also on the restrictions imposed by international law. Therefore, maintaining a balance between limiting the "territorialization" of maritime areas and the need to

carry out a law enforcement function logically entails the need to determine the nature and content of the concept of “jurisdiction of the state” within different maritime areas, as well as to identify specific features of this legal category. The present article focuses on this and other related issues.

**MATERIALS AND METHODS.** Historical and comparative analysis along with dogmatic research approach were used in the research process and the entire research is well grounded in focusing on the norms of international treaty law and customary law. In addition to that this research focuses on the norms of national law governing issues related to the application of law enforcement measurement at the sea. Apart from those given material and methodical inputs, the doctrinal works of the relevant jurists have been used in this research.

**RESEARCH RESULTS.** The author comes to an alternative conclusion that territorial jurisdiction within the maritime territory is not absolute, which is due, apparently, the principle of freedom of the high seas which have a longer support by the international community. The definition of jurisdiction as extraterritorial is not self-sufficient, since in case of conflict of jurisdictions, additional legal criteria are required to resolve such a conflict. The classification of extraterritorial jurisdiction depending on the principles on which it is based also does not solve the problem, since some principles, such as protective or universal, in turn, require additional criteria in order to become a self-sufficient tool to overcome legal uncertainty. The author notes that the

ability to exercise territorial jurisdiction within maritime areas, as a rule, determines the ability to exercise legislative and executive jurisdiction, which are also not absolute. The exercise of extraterritorial legislative or executive jurisdiction at sea is potentially permissible only on the basis of international law to solve a specific function, for example, law enforcement.

**DISCUSSION AND CONCLUSION.** The main problem of the varieties of jurisdiction proposed by international legal science is that each of them only supplements each other, describing a possible choice, but not explaining why a particular choice should be preferred in case of conflict. It is obvious that current uncertainty has created some severe impacts upon the institution of law enforcement measures at sea as a result of the absence of standards for enforcement measures that could make a balance to the mechanism. Hence the law enforcer has to be cautious with a number of factors in deciding the implementation of law enforcement measures within the sea.

**KEYWORDS:** law enforcement measures, maritime areas, territorial jurisdiction, extraterritorial jurisdiction, legislative jurisdiction, executive jurisdiction, state's sovereignty, sovereign rights, sovereignty

**FOR CITATION:** Glazova A.P. General Issues of the Exercise of Jurisdiction in the Process of Application of Law Enforcement Measures at Sea. – Moscow Journal of International Law. 2020. No. 4. P. 106–118. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-106-118

## 1. Введение

Сегодня понятию «юрисдикция государства» в доктрине международного права уделено достаточно много внимания, хотя общепризнанное понимание данного термина отсутствует<sup>2</sup>. В то же время попытки обосновать процесс установления и осуществления государствами юрисдикций на море превращаются в своеобразное логическое упражнение, поскольку сама возможность государств созда-

вать нормы права и обеспечивать их реальное исполнение в пределах водного пространства между материками кажется дискуссионной. А. Ширер (Ivan A. Shearer) отмечает, что уже первые исследователи пределов юрисдикции государств на море проводили различие между такими терминами, как *dominium* («владение, собственность») и *imperium* («способность осуществлять контроль») [Shearer 2014:51-52]. Как видим, автор весьма вольно обращается с терминами *dominium* и *imperium*, в отличие от клас-

<sup>2</sup> См.: Каюмова А.Р. 2016. Уголовная юрисдикция в международном праве: вопросы теории и практики: Дисс. ... д. юрид. наук. Казань. С. 24. В своем исследовании автор делает вывод, что различные вариации использования термина «юрисдикция» привели к формированию широкого и узкого его толкования в доктринальных источниках. По мнению автора, «при расширительном толковании юрисдикция отождествляется с компетенцией – комплексом полномочий государства. В узком значении юрисдикция рассматривается как сфера регулирования общественных отношений, или ограничена правоприменительной деятельностью». См.: Каюмова А.Р. 2016. Уголовная юрисдикция в международном праве: вопросы теории и практики: Дисс. ... д. юрид. наук. Казань. С. 37.



сической традиции более точного понимания понятийного аппарата правового режима территории [Задорожный 1987:156–160].

Д. О'Коннелл (D. O'Connell) обращает внимание на то, что в доктрине, которая установилась к 1700 г. и просуществовала в течение следующих двухсот пятидесяти лет, право собственности (*dominium*) и право управления (*imperium*) на море могли существовать только в сочетании и объединялись под одним термином «юрисдикция», из чего следовало, что иностранные корабли были вне досягаемости прибрежного государства за пределами его территории [O'Connell 1982:14–18]. Вновь обращаем внимание на далеко не строгое обращение автором с применимым понятийным аппаратом: в международном морском праве, в т.ч. в его обычных нормах, со времен Ивана Грозного нет права собственности на морские пространства (хотя притязания на такую собственность имели место). Тем более нет права собственности на море по современному международному морскому праву<sup>3</sup> [Саваськов 2017:192–210].

С середины XX века в Конвенции о континентальном шельфе и в Конвенции о территориальном море и прилегающей зоне начинает прослеживаться принципиальное различие между суверенитетом и юрисдикцией [Shearer 2014:54]. К примеру, в ч. 1 ст. 2 Конвенции о континентальном шельфе указано, что «прибрежное государство осуществляет над континентальным шельфом *суверенные права* в целях разведки и разработки его естественных богатств»<sup>4</sup>. По мнению А. Ширера, термин «суверенные права» был разработан, чтобы подчеркнуть, что право на континентальный шельф присуще суверенитету, которым государство обладает в отношении естественного продолжения своей территории под морем, однако его суверенитет может не распространяться на водную и воздушную территорию над шельфом [Shearer 2014:54]. Прилегающая зона в соответствии с ч. 1 ст. 24 Конвенции о территориальном море и прилегающей зоне является «юрисдикционной зоной»<sup>5</sup>. Автор называет ее почему-то «полицейской зоной» (*police zone*) [Shearer 2014:56], хотя это очевидная неточность: в данной зоне прибрежному государству предо-

ставлено право осуществлять контроль, необходимый для предотвращения нарушения его таможенных, налоговых, иммиграционных или санитарных правил. Понятно, что санитарные власти и полиция – это не одно и то же.

В ходе Третьей конференции Организации Объединенных Наций по морскому праву (1973–1982) была предпринята попытка согласовать претензии государств на суверенитет и юрисдикцию с традиционными свободами открытого моря. Это проявилось, к примеру, в установлении прав государств в исключительной экономической зоне, которые являются суверенными по отношению к природным ресурсам, но юрисдикционными по отношению к другим видам использования [Shearer 2014:51].

Как видно, в ответ на постепенное увеличение контроля государств над все большим объемом океана потребовалось разделение водной территории планеты на соответствующие зоны (в терминологии Конвенции ООН по морскому праву – морские пространства), в которых государства обладают правами, полученными в силу международного права. Двадцатый век привел к тому, что осуществление юрисдикции в пределах морских пространств стало намного более сложным явлением. Некоторые авторы попытались обосновать его с помощью «отделения власти от суверенитета» [O'Connell 1984:734]. Одни заявляют, что суверенитет – это «право на власть» [Осветимская 2017:159]. Понятно, что такое определение не совсем корректно, учитывая классическое понятие «суверенитет» в международном праве [Vylegzhanin, Potier, Torkunova 2020:6–25]. Другие отмечают, что юрисдикция – это «проявление власти» [Gavouneli 2007:6], которое не ограничивается территориальным верховенством государства, а зачастую выходит за пределы его территории [Каюмова 2008:13]. Медленное увеличение контроля государств над постепенно расширяющимися морскими территориями, в отношении которых такой контроль можно осуществлять, получило название «ползучей юрисдикции» (*creeping jurisdiction*). Этот процесс, как полагает ряд авторов, не остановился и с принятием Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. [Кае 2006:347–348].

<sup>3</sup> Саваськов П.В. 2018. Международное морское право. *Международное право*. Ч. 2. Отв. ред. А.Н. Вылегжанин. М.: Юрайт. С. 192–219.

<sup>4</sup> Конвенция о континентальном шельфе от 29.04.1958 г.: офиц. текст, ст. 2 // Офиц. Сайт ООН. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pdf/conts.pdf](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/conts.pdf) (дата обращения 24.11.2019).

<sup>5</sup> См.: Конвенция о территориальном море и прилегающей зоне от 29.04.1958 г.: офиц. текст, ст. 24 // Офиц. Сайт ООН. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pdf/tsea.pdf](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/tsea.pdf) (дата обращения 24.11.2019).

Суверенитет гарантирует верховенство власти; юрисдикция же, являясь закономерным продолжением суверенитета, тем не менее, обладает такими характеристиками, как объем и пределы действия. Появление договорных и обычных норм, наделяющих государства возможностями по установлению юрисдикций в пределах морской территории, породило старую дилемму: где заканчиваются права одних и начинаются права других? Предложенные международно-правовой наукой разновидности юрисдикций государств явились ответом на вопрос, что представляет собой мир, «разделенный на юрисдикционные части».

## 2. Территориальная и экстратерриториальная юрисдикция: трудности перевода

Классификация юрисдикций по действию в пространстве на *территориальную* (в пределах территории государства) и *экстратерриториальную* (за пределами территории государства) осуществляется в основном в рамках международного уголовного права такими авторами, как А.Р. Каюмова<sup>6</sup>, И.И. Лукашук, А.В. Наумов<sup>7</sup>, Ю.С. Ромашев [Ромашев 2010:41]<sup>8</sup>, и с позиций теории международного права: Р. Хиггинс (R. Higgins) [Higgins 1994:74], О.С. Черниченко<sup>9</sup>, М. Шоу (M. Shaw)<sup>10</sup>.

Главное ограничение, которое действует в международном праве, заключается в том, что государство не может осуществлять свою власть на территории другого государства, кроме как в силу разрешительной нормы, вытекающей из международного обычая или конвенции, и в этом смысле юрисдикция, без сомнения, является территориальной [Allott 1983:18-19]. Особенность установления юрисдикции государства и ее осуществления в пределах его водной территории [O'Connell 1984:733], а именно внутренних вод, территориального моря, архипелажных вод и международных проливов (или их частей), на-

ходящихся в пределах территории государства, заключается в том, что такие воды – это территория с национальным правовым режимом.

Тем не менее в территориальном море прибрежного государства все же можно проследить процесс «перетягивания каната»<sup>11</sup> в ходе установления юрисдикции прибрежным государством и государством флага судна. С одной стороны, согласно ст. 27 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. прибрежные государства могут осуществлять свою юрисдикцию в территориальном море, к примеру, когда последствия преступления распространяются на прибрежное государство или когда преступление имеет целью нарушить спокойствие в стране или добрый порядок в территориальном море<sup>12</sup>. С другой стороны, в соответствии со ст. 17 Конвенции ООН по морскому праву, суда всех государств, как прибрежных, так и не имеющих выхода к морю, пользуются в территориальном море правом мирного прохода, которое, как отмечает ряд авторов, не имеет такой длительной поддержки в истории морского права, как полагают некоторые [Shearer 2014:54].

Не вызывает сомнений тот факт, что в пределах своей территории государства обладают наиболее широкими возможностями по установлению юрисдикции, поэтому в морских зонах национальной юрисдикции прибрежное государство осуществляет территориальную юрисдикцию со всеми вытекающими из этого преференциями. Следует отметить, что территориальная юрисдикция в пределах морской территории не является абсолютной. Приходится признавать соответствующие ограничения, налагаемые международным правом, в чем и проявляется особенность территориальной юрисдикции прибрежного государства в отношении своей водной территории.

Термин «экстратерриториальная юрисдикция» используется в случае проявления суверенитета государства за пределами его терри-

<sup>6</sup> См.: Каюмова А.Р. 2016. Уголовная юрисдикция в международном праве: вопросы теории и практики: Дисс. ... д. юрид. наук. Казань. С. 48.

<sup>7</sup> См.: Лукашук И.И., Наумов А.В. 1999. Международное уголовное право: учебник. М.: Спарк. С. 38-39.

<sup>8</sup> Экстратерриториальная в редакции автора.

<sup>9</sup> См.: Черниченко О. С. 2003. Международно-правовые аспекты юрисдикции государств : Дисс. ... канд. юрид. наук. Москва. С. 10.

<sup>10</sup> См.: Shaw M.N. 2017. International Law. Cambridge: Cambridge University Press. P. 483-489.

<sup>11</sup> Данный термин используется М. Гавунели по отношению к Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. в ее исследовании. См.: [Gavouneli 2007:1].

<sup>12</sup> Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 г.: офиц. текст., ст. 27 // Офиц. Сайт ООН. URL: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_r.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf) (дата обращения 11.12.2019).

тории<sup>13</sup>. Чаще всего экстратерриториальная юрисдикция осуществляется государствами в открытом море – пространстве, не входящем в состав территории какого-либо государства.

Проблема определения юрисдикции как «экстратерриториальной» заключается не только в том, что данный термин используется для описания ситуации, в которой можно наблюдать проявление суверенитета государства за пределами его территории. Это само по себе уже является уязвимой аргументацией. В ситуации, когда гражданин государства А совершает правонарушение на судне под флагом государства Б в прилегающей зоне государства В, появляется сразу несколько субъектов, претендующих на экстратерриториальную юрисдикцию, поэтому, чтобы разрешить конфликт юрисдикций, необходимы дополнительные правовые критерии для выбора между ними.

Соответствующими правовыми критериями в результате стали *принципы, на которых экстратерриториальная юрисдикция может основываться*. Принято различать юрисдикцию, основанную на территориальном принципе, личном активном принципе, личном пассивном принципе, на охранительном принципе и универсальную юрисдикцию [Ромашев 2010:40], [Черниченко 1992:30–32].

*Личный активный принцип* имеет значение для распространения юрисдикции государства на определенную категорию лиц вне его территории, имеющих с ним тесную связь. Применительно к правоохранительной деятельности на море можно отметить следующее. Судно имеет национальность того государства, под флагом которого оно ходит<sup>14</sup>, однако командный состав и члены судовой команды судна могут быть гражданами другого государства. Иногда ситуация осложняется нахождением судна под «удобным флагом». Проблемы, связанные с его использованием, достаточно подробно исследованы в научной литературе [Бабурина, Грасс 2013:52–57], [Куткович 2016:19–24], [Агарков, Перегородова 2017:636–642], но факт остается фактом: только

под флагом Панама (страны, у которой нет продолжительной истории мореплавания) сейчас ходит около 8600 судов, тогда как США имеет около 3400 зарегистрированных судов, а Китай – около 3700<sup>15</sup>. В случае если член командного состава или судовой команды совершает правонарушение за пределами территории государства, гражданином которого он является (на борту морского судна, на территории иностранного государства и т.д.), то возникает возможность говорить о потенциальном праве такого государства осуществлять свою юрисдикцию на основе личного активного принципа. Вполне возможно, что данный принцип имеет свои преимущества в случае, если юрисдикция будет осуществляться государством, которое гарантирует право на справедливое судебное разбирательство. Однако вероятно и обратное, когда государство, не гарантирующее уважение прав человека, будет также отстаивать юрисдикцию, лишая подозреваемого соответствующих прав [Ireland-Piper 2012:12].

*Личный пассивный принцип* является основой для распространения юрисдикции государства на иностранных лиц или лиц без гражданства в случае совершения ими правонарушения в отношении граждан данного государства. Нельзя не отметить, что принцип также является достаточно спорным, поскольку ряд государств, к примеру, США [Watson 1993:3] и Великобритания<sup>16</sup>, не признают осуществление юрисдикции по соответствующему основанию в отношении собственных граждан. Тем не менее, как отмечают некоторые исследователи, противоречивость данного принципа может быть «сглажена» согласием государства, на территории которого совершено правонарушение [Watson 1997:71].

Юрисдикция, основанная на *охранительном (защитном) принципе*, распространяется на иностранцев, совершивших за границей действия, угрожающие безопасности государства<sup>17</sup>. Как отмечают Ю.С. Ромашев и Д.В. Фетищев, государства используют данный принцип ограниченно, поскольку всегда есть опасность расширитель-

<sup>13</sup> См.: Черниченко О. С. 2003. Международно-правовые аспекты юрисдикции государств : Дисс. ... канд. юрид. наук. Москва. С.78.

<sup>14</sup> См.: Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 г.: офиц. текст, ст. 91 // Офиц. Сайт ООН. URL: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_r.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf) (дата обращения 10.01.2020).

<sup>15</sup> См.: Почему флаг Панама так удобен для судовладельцев? // URL: [https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine\\_in\\_russian/2014/08/140810\\_ru\\_s\\_panaama\\_fleet](https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2014/08/140810_ru_s_panaama_fleet) (дата обращения 11.01.2020).

<sup>16</sup> См.: Shaw M.N. 2008. International Law. Cambridge, Cambridge University Press. P. 665.

<sup>17</sup> См.: Черниченко О.С. 2003. Международно-правовые аспекты юрисдикции государств : Дисс. ... канд. юрид. наук. Москва. С. 48.

ного толкования терминов «безопасность» или «жизненно важные интересы» [Ромашев, Фетищев 2009:16].

Наконец, *принцип универсальной юрисдикции* предполагает, что государство может осуществлять юрисдикцию в отношении отдельных правонарушений независимо от какой-либо связи с этим государством или интересов других государств. Наиболее распространенным примером установления универсальной юрисдикции является борьба с пиратством, причем, как утверждает Ю.С. Ромашев, Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. и Джибутийский кодекс поведения предоставляют государствам возможность осуществлять юрисдикцию именно в отношении иностранных судов, поскольку «государства в силу своих суверенных прав могут и даже должны и без этих положений устанавливать и осуществлять свою юрисдикцию на борту пиратских судов, плавающих под их флагом в открытом море» [Ромашев 2013:93].

Активизация пиратства и вооруженного разбоя против судов у берегов Сомали вынудила Совет Безопасности ООН в резолюции 1897 (2009) призвать государства и международные организации участвовать в борьбе с данными явлениями и направлять в этот район военные корабли, вооружения, авиацию, а также конфисковать и распоряжаться надлежащим образом катерами, судами, оружием и другими подобного рода средствами, которые использовались или (когда есть достаточные основания для подозрения в этом) могут использоваться для совершения актов пиратства и вооруженного разбоя на море у побережья Сомали<sup>18</sup>. Среди прочего главный орган ООН указал, что положения соответствующей резолюции не должны рассматриваться как устанавливающие нормы обычного международного права<sup>19</sup>. Вместе с тем международные обычаи продолжают и в настоящее время играть роль стержневых международно-правовых оснований действий государств в море против пиратов [Vylegzhanin, Anyanova 2020:25–37]. Кроме того, следует признать, что Совет Безопасности в соответствии с Уставом ООН создавался как орган, основной задачей которого было обеспечение мира, а не как орган, претворяющий право в

жизнь (“...The UN Charter did not make the Council the general enforcer of the law, just the enforcer of the peace...”) [O’Connell 2008:166]. Тем не менее еще в резолюции СБ 1816 (2008) было отмечено, что акты пиратства и вооруженного разбоя против судов в территориальных водах Сомали и в открытом море у побережья страны усугубляют ситуацию в Сомали, которая представляет собой угрозу для международного мира и безопасности в регионе<sup>20</sup>. Именно это предоставило возможность Совету Безопасности подтвердить свою компетенцию для решения данной проблемы. Резолюции Совета Безопасности и согласие прибрежного государства позволили международному сообществу осуществлять экстерриториальную юрисдикцию не только в пределах территории с международным или смешанным режимом, но и в пределах морской территории соответствующего прибрежного государства.

Тем не менее некоторые исследователи полагают, что на практике в отношении сомалийских пиратов государства осуществляют юрисдикцию только в том случае, если они либо их партнеры в соглашениях о преследовании за пиратство имеют тесную связь с преступлением, а также исходят из необходимости защиты судов своего флага. [Garrod 2019:637]. Именно поэтому юрисдикция в отношении сомалийских пиратов не может считаться универсальной, более того, концепция универсальной юрисдикции (как и все остальные) требует переосмысления. [Garrod 2019:561, 637]

Очевидно, что конкретизация термина «экстерриториальная юрисдикция» с помощью *принципов, на которых она основывается*, направлена на обеспечение надлежащих границ и формальных критериев, обосновывающих ее осуществление. Однако некоторые принципы, такие как защитный или универсальный, в свою очередь, требуют дополнительных критериев, чтобы стать достаточным инструментом для преодоления неопределенности, возникающей в связи обозначением юрисдикции как «экстерриториальной». Неудивительно, что в научной литературе появляются утверждения о том, что юрисдикция в отношении судов не является ни территориальной, ни экстерриториальной, а

<sup>18</sup> См.: Резолюция Совета Безопасности ООН S/RES/1897 (2009).

<sup>19</sup> См.: Резолюция Совета Безопасности ООН S/RES/1897 (2009); и далее в Резолюции Совета Безопасности ООН S/RES/1918 (2010).

<sup>20</sup> См.: Резолюция Совета Безопасности ООН S/RES/1816 (2008).



скорее юрисдикцией *sui generis*, единственным способом регулировать «сверхмобильные структуры», которые являются достаточно свободными, чтобы изменить их территориальную принадлежность [Szigeti 2019:43]<sup>21</sup>.

В основе осуществления принудительных мер правоохранительного характера на море лежит концепция юрисдикции, однако можно ли ожидать, что заложенные «неустойчивые» начала одного института не повлияют на развитие другого? В силу отсутствия стандартов применения принудительных мер, способных сбалансировать данный механизм, на практике осуществление экстратерриториальной юрисдикции, а значит, и принудительных мер правоохранительного характера на море, становится возможным лишь с учетом целого ряда факторов, а именно: правового статуса объектов и субъектов правоохранительной деятельности, правового режима конкретного морского пространства, в котором юрисдикция осуществляется, а также наличия установленной юрисдикции в отношении преступлений и иных правонарушений в соответствии с обязательствами государств согласно общему международному праву и договорам заинтересованных государств. Кроме этого, необходимо принимать во внимание решения Совета Безопасности ООН, касающиеся случаев, когда совершаемые преступления носят массовый характер и представляют угрозу миру и безопасности, и, наконец, следует проанализировать возможности реализации такой юрисдикции согласно международному праву.

### 3. Законодательная и исполнительная юрисдикция: переход в другую плоскость

Несколько иная цель ставится при разграничении юрисдикций *в зависимости от характера власти*. Такая классификация представляет собой попытку не столько «отделить суверенитет от власти», сколько определить, что собой представляет «территориальная и экстратерриториальная власть» – власть устанавливать правила или власть обеспечивать выполнение этих правил? В этом смысле принято выделять юрисдикцию

законодательную (*предписательную*) («возможность и допустимость ожидать осуществления [государством] своих правовых велений посредством указания на сферу действия таких велений и требовать их осуществления») и *исполнительную* («определяемая государством возможность и допустимость обеспечения осуществления своих правовых велений посредством применения мер принуждения»)[Черниченко 1992:21].

Как правило, классификация юрисдикций в зависимости от характера власти применительно к деятельности в пределах различных морских пространств используется вместе с рассмотренными ранее. Это заставляет думать, что границы законодательной (предписательной) и исполнительной юрисдикций в целях борьбы с преступлениями и иными правонарушениями на море могут не совпадать [Ромашев 2015:87]. Возможность осуществлять территориальную юрисдикцию, как правило, обуславливает и возможность предписывать нормы права и принуждать к выполнению этих норм. С другой стороны, осуществление экстратерриториальной юрисдикции редко коррелирует с возможностью осуществлять как законодательную, так и исполнительную юрисдикцию.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 21 Конвенции прибрежное государство может *устанавливать законы и правила*, относящиеся к мирному проходу через территориальное море; касающиеся безопасности судоходства и регулирования движения судов, защиты навигационных средств и оборудования, а также других сооружений и установок, защиты кабелей и трубопроводов, сохранения живых ресурсов моря и т.д.<sup>22</sup> Одновременно с этим в соответствии со ст. 25 Конвенции прибрежное государство имеет право предпринимать *необходимые меры* для недопущения прохода судна, не являющегося мирным<sup>23</sup>, перечень которых, однако, не определен и оставлен на усмотрение прибрежного государства. На практике это означает, что оно может попросить иностранное судно покинуть территориальные воды, либо иностранное судно может быть остановлено, осмотрено, задержано и доставлено в порт для возбуждения со-

<sup>21</sup> "It is a *sui generis* jurisdictional link, the only way to regulate 'hypermobile entities' that are free enough to change their territorial subjecthood in any case".

<sup>22</sup> См.: Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 г.: офиц. текст, ст. 21 // Офиц. Сайт ООН. URL: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_r.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf) (дата обращения 16.01.2020).

<sup>23</sup> См.: Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 г.: офиц. текст, ст. 25 // Офиц. Сайт ООН. URL: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_r.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf) (дата обращения 16.01.2020).

ответствующего производства (уголовного или административного).

Право мирного прохода через территориальное море прибрежного государства словно уравнивающий элемент между интересами государства флага и прибрежного государства, в статичном состоянии гарантирует иностранному судну иммунитет от юрисдикции прибрежного государства. Однако нарушение баланса (проход, не являющийся мирным; совершение преступления, последствия которого распространяются на прибрежное государство и т.п.) приводит к автоматическому перевесу в пользу прибрежного государства, что является закономерным следствием территориальной юрисдикции вкупе с законодательной и исполнительной.

Произойдет ли такой же автоматический перевес в пользу прибрежного государства, когда речь будет идти о «нарушении баланса» в отношениях «прибрежное государство – иное заинтересованное государство» за пределами его морской территории – в прилегающей зоне, исключительной экономической зоне или открытом море? Только с согласия других равных суверенных участников охранительного правоотношения или международного сообщества в целом и только потому, что исполнительная юрисдикция государства как субъекта международного права является единственным возможным (правомерным) инструментом для восстановления существовавшего «правопорядка океанов».

К примеру, как было отмечено ранее, в прилегающей зоне государства имеют возможность осуществлять контроль, необходимый для предотвращения нарушений таможенных, фискальных, иммиграционных или санитарных законов и правил в пределах их территорий<sup>24</sup>. Из этого, очевидно, следует невозможность прибрежного государства распространять на прилежащую зону действие законов, регулирующих вопросы, не связанные с таможенными, фискальными, иммиграционными или санитарными вопросами. С меньшей очевидностью из этого следует, что государство не может также принимать законы и правила, касающиеся таможенных, фискальных,

иммиграционных или санитарных вопросов в пределах прилегающей зоны, поскольку, как было отмечено, прилежащая зона не является частью территории прибрежного государства [Gavouneli 2007:3].

Является ли возможность осуществлять контроль исполнительной юрисдикцией в полном смысле этого слова? Как отметил Дж. Фицморис (G. Fitzmaurice), контроль не означает юрисдикцию, он означает власть полицейского, а не администратора или судьи<sup>25</sup>, т.е. власть, по сути, надзорную и превентивную, поскольку правонарушение еще не совершено и намерение «контролирующего» состоит в том, чтобы избежать его совершения впоследствии, когда судно окажется в территориальных водах прибрежного государства [Fitzmaurice 1959:113-114]. В таком случае прибрежное государство может остановить и осмотреть подозрительное судно, однако есть ли у него полномочия, чтобы арестовать судно и сопроводить его в порт? Как отвечает на этот вопрос Дж. Фицморис, иностранное судно на этапе нахождения в прилегающей зоне *ex hypothesi* не совершило преступления в пределах территории прибрежного государства, кроме того, расследование предполагаемого нарушения должно производиться на этапе нахождения судна в прилегающей зоне, поэтому ни арест, ни конвоирование его в порт осуществляться не должны [Fitzmaurice 1959:114-115].

После того как естественная тенденция расширения власти империй была ограничена международным правом, совершение правонарушения за пределами государственной территории может повлечь соразмерный ответ только в том случае, если он предусмотрен международным правом. Таким образом, в целом международное право сдерживает юрисдикцию прибрежного государства за пределами его территории, но в то же время наделяет его определенными «функциями» для восстановления нарушенного «правопорядка океанов»<sup>26</sup>.

Нахождение баланса между взаимоисключающими, на первый взгляд, решениями наиболее отчетливо проявилось в пределах открытого моря, в котором правовое регулирование

<sup>24</sup> Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 г.: офиц. текст, ст. 33 // Офиц. Сайт ООН. URL: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_r.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf) (дата обращения 11.04.2019).

<sup>25</sup> "It is therefore control, not jurisdiction, that is exercised. The power is primarily that of the policeman, rather than of the administrator or of the judge".

<sup>26</sup> И в этом смысле юрисдикция прибрежного государства действительно является функциональной См.: См.: [Gavouneli 2007:286].

осуществляется международным сообществом в целом, что позволяет обеспечить к данному району равный доступ для всеобщей выгоды. В случае совершения правонарушения иностранное государство может осуществлять юрисдикцию лишь при наличии согласия государства флага, которое закреплено в международном обычае или международном договоре или получено тем или иным способом [Ромашев 2015:88]. Исключением являются случаи противодействия пиратству, работорговле, несанкционированному вещанию. Тем не менее, по мнению некоторых исследователей, для современного международного морского права все более характерным становится стремление к безопасности, поэтому осуществление государствами юрисдикции в пределах открытого моря сводится к вопросу, как повысить безопасность путем потери некоторых свобод, чтобы в конечном счете эти свободы защитить [Fink 2018:63].

Возможность осуществлять территориальную юрисдикцию в пределах морских пространств, как правило, обуславливает возможность осуществлять законодательную и исполнительную юрисдикцию, которые также не носят абсолютного характера. Осуществление экстерриториальной законодательной или исполнительной юрисдикции на море потенциально допустимо лишь на основе норм международного права для решения какой-либо конкретной функции, к примеру, правоохранительной.

#### 4. Заключение

Проблема всех предложенных международно-правовой наукой разновидностей юрисдикций заключается в том, что каждая конкретная из них лишь дополняет друг друга, описывая возможный выбор, но не объясняя, почему тот или иной выбор должен стать предпочтительным. Каким образом может быть разрешен конфликт, если несколько государств будут претендовать на осуществление юрисдикции, к примеру, на основе личного пассивного или активного принципа, а также каким образом решить проблему, если преступление порождает за собой универсальную юрисдикцию, из чего следует, что сразу несколько государств будут обладать юрисдикцией вне зависимости от места совершения пре-

ступления и связи с этим преступлением? Следует ли отдавать приоритет территориальности [Ромашев 2015:90], исполнительной юрисдикции государства флага судна [Ромашев 2015:90] или в каждом конкретном случае нужно определять, какая из юрисдикций реально осуществима [Черниченко 1992:33]? Или, возможно, решение конфликта может быть найдено лишь за пределами формального международного права [Maier 1996:64, 69]?

Примером инструмента для разрешения конфликта юрисдикций может выступать правило разумного подхода (*"jurisdictional reasonableness or the rule of reason"*), которое предполагает, что даже при наличии соответствующей традиционной основы для установления юрисдикции, в случае чрезмерности (другое государство проявляет значительный интерес к утверждению юрисдикции) или необоснованности, такое установление не будет правомерным (*"...assertion will not be proper if it is exorbitant or unreasonable..."*) [Blakesley 1982:1112]. По мнению С. Рингаерта, такие принципы международного права, как невмешательство, пропорциональность, злоупотребление правами, равенство и реальная связь могут подкрепить правило разумного подхода, что позволит говорить о нем как об общем принципе международного права [Ryngaert 2008:180], поскольку единообразная практика государств, свидетельствующая о применении данного правила, отсутствует [Ryngaert 2008:178]. Однако слабой стороной «подкрепляющих принципов» является то, что их содержание определяется взаимоисключающими подходами, что впоследствии может привести к разработке заключения об установлении юрисдикции, которое будет одновременно юридически корректным и юридически уязвимым<sup>27</sup>.

В конечном счете приходится констатировать, что возникновение разновидностей морских пространств, имеющих различный правовой статус и правовой режим, появление «зон национальной юрисдикции» и «зон за пределами национальной юрисдикции» [O'Connell 1984b:733], противостояние принципов свободы открытого моря, флага и невмешательства стремлению государств осуществлять эффективное противодействие правонарушениям на море, а также обеспечить свою безопасность породило

<sup>27</sup> См., например, диссертацию Г. Вайпана о принципе пропорциональности в международном праве: Вайпан Г. В. Принцип пропорциональности в современном международном праве : Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2017. – С.14.

не просто «разделенное на юрисдикционные части» пространство, но, скорее, «лоскутное одеяло»<sup>28</sup> или калейдоскоп юрисдикционных зон, в которых осуществление правоохранительных функций становится непростой задачей как для

прибрежного государства, так и для международного сообщества в целом, и различные взаимодополняющие разновидности юрисдикций государства прекрасно иллюстрируют этот тезис.

### Список литературы

- Агарков С.А., Перегородова О.В. 2017. Проблемы формирования среды обитания рыбного хозяйства. – *Вестник мурманского государственного технического университета*. № 3 (том 20). С. 636–642.
- Бабурин О.Н., Грасс Е.Ю. 2013. Современное состояние и проблемы морского транспорта России. – *Проблемы. Поиск. Решения*. № 16 (205). С. 52–57.
- Задорожный Г.П. 1987. Территория и международное право. – *Международное право*. Отв. ред. Ф.И. Кожевников. М.: Международные отношения. С. 156–176.
- Каюмова А.Р. 2008. Суверенитет и юрисдикция государства: проблемы соотношения. – *Конституционное и муниципальное право*. № 9. С. 12–15.
- Куткович Т.М. 2016. Удобный флаг в мировом судоходстве: причины перехода и пути возврата под национальный. – *Актуальные проблемы науки и практики современного общества*. № 3. С. 19–24.
- Осветимская И.И. 2017. Государственный суверенитет: содержание и преобразование в условиях глобализации. – *Известия ВУЗов. Правоведение*. №2 (331). С. 150–166.
- Ромашев Ю. С., Фетищев Д. В. 2009. *Юрисдикция государств в правоохранительной сфере*. М.: Научная книга. 47 с.
- Ромашев Ю.С. 2010. *Международное правоохранительное право*. М.: Норма : Инфра-М. 367 с.
- Ромашев Ю.С. 2013. *Борьба с пиратством и вооруженным разбоем на море (правовые основы и практика)*. М.: Транслит. 336 с.
- Ромашев Ю.С. 2015. Особенности установления и осуществления государствами своей юрисдикции в правоохранительной сфере. – *Государство и право*. № 5. С. 82–91.
- Черниченко С.В. 1992. Субъективные границы международного права, суверенитет и юрисдикция государств. – *Советский ежегодник международного права*. 1989–90–91. Советская Ассоциация международного права. М.: Социально-коммерческая фирма «Россия-Нева». С. 19–37.
- Allott P.J. 1983. Power-sharing in the Law of the Sea. – *American Journal of International Law*. Vol. 77. Issue 1. P. 1–30.
- Blakesley C.L. 1982. United States Jurisdiction Over Extraterritorial Crime. – *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 73. Issue 3. P. 1109–1163.
- Fink M. 2018. *Maritime Interception and the Law of Naval Operations*. The Hague, The Netherlands: T.M.C. Asser Press. 317 p.
- Fitzmaurice G. 1959. Some Results of the Geneva Conference on the Law of the Sea. Part I. The Territorial Sea and Contiguous Zone and Related Topics. – *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 8. Issue 1. P. 73–121.
- Garrod M. 2019. The Emergence of “Universal Jurisdiction” in Response to Somali Piracy: An Empirically Informed Critique of International Law’s “Paradigmatic” Universal Jurisdiction Crime. – *Chinese Journal of International Law*. Vol. 18. Issue 3. P. 551–643.
- Gavouneli M. 2007. *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers. 286 p.
- Higgins R. 1994. Problems and Process: International Law and How We Use It. Oxford: Oxford University Press. 304 p.
- Ireland-Piper D. 2012. Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law. – *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 13. Issue 1. P. 1–36.
- Kaye S. 2006. Freedom of Navigation in a Post 9/11 World: Security and Creeping Jurisdiction. – *The Law of the Sea: Progress and Prospects*. Oxford: Oxford University Press. 465 p.
- Maier H.G. 1996. Jurisdictional Rules in Customary International Law. – *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*. The Hague: Kluwer Law International. 262 p.
- O’Connell D.P. 1982. *The International Law of the Sea: Volume I*. Oxford: Clarendon Press. 634 p.
- O’Connell D.P. 1984. *The International Law of the Sea: Volume II*. Oxford: Oxford University Press. 1202 p.
- O’Connell M. E. 2008. *The Power and Purpose of International Law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement*. Oxford: Oxford University Press. 408 p.
- Ryngaert C. 2008. *Jurisdiction in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 272 p.
- Shearer I. 2014. The Limits of Maritime Jurisdiction. – *The Limits of Maritime Jurisdiction*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 794 p.
- Szigei P. D. 2019. *In the Middle of Nowhere: The Futile Quest to Distinguish Territoriality from Extraterritoriality*, in Margolies et al. (eds.) *The Extraterritoriality of Law: History, Theory, Politics*. London: Routledge. 243 p.
- Vylegzhanin A.N., Anyanova E.S. 2020. International Law Versus Piracy: Issues in Legal Theory. – *International Journal of Psychosocial Rehabilitation*. Vol. 24. Issue 01. P. 6–25.
- Vylegzhanin A.N., Potier T., Torkunova E.A. 2020. Towards Cementing International Law through Renaissance of the United Nations Charter. – *Moscow Journal of International Law*. № 1. P. 6–25.
- Watson G.R. 1993. The Passive Personality Principle. – *Texas International Law Journal*. Vol. 28. Issue 1. P. 1–46.
- Watson G.R. 1997. Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction. – *Yale Journal of International Law*. Vol. 17. Issue 41. P.41–84.

<sup>28</sup> Данным термином автор обязан исследованию Г. Уотсона См.: Watson G.R. Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction // *Yale Journal of International Law*. – 1997. – Vol. 17. – № 41. – С. 52. (1–46)



## References

- Agarkov S.A., Peregorodova O.V. Problemy formirovaniya sredi obitaniya rybnogo khozyaistva [Problems of formation a living environment for fish farm]. – *Bulletin of the Murmansk State Technical University*. 2017. No. 3 (Vol. 20) P. 636–642 (in Russ.)
- Allott P.J. Power-sharing in the Law of the Sea. – *American Journal of International Law*. 1983. Vol. 77. Issue 1. P. 1–30. (in Russ.)
- Baburina O.N., Grass E. Ju. Sovremennoe sostoyanie i problemy morskogo transporta Rossii [The current state and problems of maritime transport in Russia]. – *Problems. Search. Solutions*. 2013. No. 16 (205). P. 52–57. (in Russ.)
- Blakesley C.L. United States Jurisdiction Over Extraterritorial Crime. – *The Journal of Criminal Law & Criminology*. 1982. Vol. 73. Issue 3. P. 1109–1163.
- Chernichenko S.V. 1992. Sub"ektivnye granitsy mezhdunarodnogo prava, suverenitet i yurisdiksiya gosudarstv [Subjective boundaries of international law, sovereignty and jurisdiction of states]. – *The Soviet Yearbook of International Law*. 1989–90–91. Sovetskaya Associatsiya mezhdunarodnogo prava. – M.: Social'no-kommercheskaya firma «Rossiya-Neva» Publ. P. 19–37. (in Russ.)
- Fink M. *Maritime Interception and the Law of Naval Operations*. The Hague, The Netherlands: T.M.C. Asser Press. 2018. 317 p.
- Fitzmaurice G. Some Results of the Geneva Conference on the Law of the Sea. Part I. The Territorial Sea and Contiguous Zone and Related Topics. – *The International and Comparative Law Quarterly*. 1959. Vol. 8. Issue 1. P. 73–121.
- Garrod M. The Emergence of "Universal Jurisdiction" in Response to Somali Piracy: An Empirically Informed Critique of International Law's "Paradigmatic" Universal Jurisdiction Crime. – *Chinese Journal of International Law*. 2019. Vol. 18. Issue 3. P. 551–643.
- Gavouneli M. *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers. 2007. 286 p.
- Higgins R. *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford: Oxford University Press. 1994. 304 p.
- Ireland-Piper D. Extraterritorial Criminal Jurisdiction: Does the Long Arm of the Law Undermine the Rule of Law. – *Melbourne Journal of International Law*. 2012. Vol. 13. Issue 1. P. 1–36.
- Kayumova A.R. Suverenitet i yurisdiksiya gosudarstva: problemy sootnosheniya [State sovereignty and jurisdiction: problems of the correlation]. – *Constitutional and municipal law*. 2008. No. 9. P. 12–15. (in Russ.)
- Kaye S. Freedom of Navigation in a Post 9/11 World: Security and Creeping Jurisdiction. – *The Law of the Sea: Progress and Prospects*. Oxford: Oxford University Press. 2006. 465 p.
- Kutkovich T.M. Udobnyi flag v mirovom sudokhodstve: prichiny perekhoda i puti vozvraata pod natsional'nyi [Flag of convenience in world shipping: the reasons for the transition and the return path under the national]. – *Aktual'nye problemy nauki i praktiki sovremennogo obshchestva*. 2016. No. 3. P. 19–24. (in Russ.)
- Maier H.G. Jurisdictional Rules in Customary International Law – *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*. The Hague: Kluwer Law International. 1996. 262 p.
- O'Connell D.P. *The International Law of the Sea: Volume I*. Oxford: Clarendon Press. 1982. 634 p.
- O'Connell D.P. *The International Law of the Sea: Volume II*. Oxford: Oxford University Press. 1984. 1202 p.
- O'Connell M. E. *The Power and Purpose of International Law: Insights from the Theory and Practice of Enforcement*. Oxford: Oxford University Press. 2008. 408 p.
- Osvetimsкая I.I. Gosudarstvennyi suverenitet: soderzhanie i preobrazovanie v usloviyakh globalizatsii [State sovereignty: content and transformation in the context of globalization]. – *Izvestiya VUZov. Pravovedenie*. 2017. No. 2 (331). P. 150–166. (in Russ.)
- Romashev Yu. S., Fetishchev D. V. *Yurisdiksiya gosudarstv v pravookhranitel'noi sfere* [Jurisdiction of states in law enforcement area]. M.: Nauchnaya kniga Publ. 2009. 47 p. (in Russ.)
- Romashev Yu. S. *Bor'ba s piratstvom i vooruzhennym razboem na more (pravovye osnovy i praktika)* [Combating piracy and armed robbery at sea (legal basis and practice)]. M.: TransLit Publ. 2013. 336 p. (in Russ.)
- Romashev Yu.S. *Mezhdunarodnoe pravookhranitel'noe pravo* [International law enforcement]. M.: Norma: Infra-M Publ. 2010. 367 p. (in Russ.)
- Romashev Yu .S. Osobennosti ustanovleniya i osushchestvleniya gosudarstvami svoei yurisdiksii v pravookhranitel'noi sfere. [Features of the assertion and implementation by states of their jurisdiction in the law enforcement sphere]. – *State and law*. 2015. No. 5. P. 82–91. (in Russ.)
- Ryngaert C. *Jurisdiction in International Law*. Oxford, Oxford University Press. 2008. 272 p.
- Shearer I. The Limits of Maritime Jurisdiction. – *The Limits of Maritime Jurisdiction*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers. 2014. 794 p.
- Szigeti P. D. In the Middle of Nowhere: The Futile Quest to Distinguish Territoriality from Extraterritoriality – *The Extraterritoriality of Law: History, Theory, Politics*. (Margo-lies et all. (eds.)). London: Routledge. 2019. 243 p.
- Vylegzhanin A.N., Anyanova E.S. International Law Versus Piracy: Issues in Legal Theory. – *International Journal of Psychosocial Rehabilitation*. 2020. Vol. 24. Issue 01. P. 6–25.
- Vylegzhanin A.N., Potier T., Torkunova E.A. Towards Cementing International Law through Renaissance of the United Nations Charter. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 1. P. 6–25.
- Watson G.R. Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction. – *Yale Journal of International Law*. 1997. Vol. 17. Issue 41. P. 41–84.
- Watson G.R. The Passive Personality Principle. – *Texas International Law Journal*. 1993. Vol. 28. Issue 1. P. 1–446.
- Zadorozhnyi G.P. Territoriya i mezhdunarodnoe parvo [Territory and International Law]. – *Mezhdunarodnoe pravo*. Otv. red. F.I. Kozhevnikov. [International Law. Ed.-in-chief Kozhevnikov F.I.] M.: Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. 1987. P. 156–176.

**Информация об авторе****Анастасия Петровна Глазова,**

Аспирантка,  
Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 20

angla.1892@mail.ru

ORCID ID: 0000-0001-7789-9323

**About the Author****Anastasia P. Glazova,**

PhD Student,  
National Research University Higher School of Economics

20, Myasnitskaya Ulitsa, Moscow, Russian Federation, 101000

angla.1892@mail.ru

ORCID ID: 0000-0001-7789-9323

## REVIEW OF JUDICIAL PRACTICE

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-119-147>

Received 19.10.2020  
Approved 14.12.2020

### Iliia V. Rachkov

Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University) MFA Russia  
76, Prospect Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454  
ilia.rachkov@gmail.com  
ORCID: 0000-0001-9738-8264

### Elizaveta I. Rachkova

National Research University "Higher School of Economics"  
20, ul. Myasnitckaya, Moscow, Russian Federation, 10100  
erachkova@edu.hse.ru  
ORCID: 0000-0002-5348-9853

# CRIMEA-RELATED INVESTMENT ARBITRATION CASES AGAINST RUSSIA BEFORE INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION TRIBUNALS

**INTRODUCTION.** *The article is devoted to the analysis of the position of the Russian Federation in ten investment cases initiated by Ukrainian investors after the events in Crimea in 2014. The article also highlights current trends in the issue of confidentiality of international investment disputes. The authors analyze whether Russian strategy is effective based on the experience of foreign states, and also make assumptions about the enforceability of arbitration awards. Where the tribunals rendered awards on the merits, the authors highlight the problem of recognition and enforcement, and also assess Russia's arguments to set aside these awards.*

**MATERIALS AND METHODS.** *This study is based on arbitral awards and information from public sources, including official press releases and interviews with Russian representatives in connection with the pending investment disputes. The authors employed the historical method, as well as such general scientific methods as analysis, synthesis, analogy, description, modeling.*

**RESEARCH RESULTS.** *The result of the study is the identification and formulation of patterns in investment disputes with respect to investments in Crimea to which*

*Russia as a party of Russia, the identification of typical arguments of the parties and the conclusions of arbitral tribunals on this type of disputes.*

**DISCUSSION AND CONCLUSIONS.** *Having analysed the awards rendered against Russia by international investment tribunals, the authors presented an overview of the parties' arguments that were presented when the arbitration considered the issue of jurisdiction and resolved the dispute on the merits. The authors assessed these arguments in terms of their credibility on the basis of existing in international investment case-law.*

**KEYWORDS:** *international investment arbitration, Permanent Court of Arbitration, Crimea, Russia, Ukraine, foreign direct investment, bilateral investment protection.*

**FOR CITATION:** Rachkov I.V., Rachkova E.I. Crimea-Related Investment Arbitration Cases against Russia before International Investment Arbitration Tribunals. – *Moscow Journal of International Law*. 2020. No. 4. P. 119–147. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-119-147

## ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

DOI: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2020-4-119-147>Поступила в редакцию: 19.10.2020  
Принята к публикации: 14.12.2020**Илья Витальевич Рачков**

Московский государственный институт международных отношений МИД России (МГИМО-Университет) МИД России  
Проспект Вернадского, д. 76, Москва, 119454, Российская Федерация  
ilia.rachkov@gmail.com  
ORCID: 0000-0001-9738-8264

**Елизавета Ильинична Рачкова**

Национальный исследовательский университет "Высшая школа экономики"  
Мясницкая ул., д. 20, Москва, 101000, Российская Федерация  
erachkova@edu.hse.ru  
ORCID: 0000-0002-5348-9853

## РАССМОТРЕНИЕ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖАХ ИСКОВ К РОССИИ, СВЯЗАННЫХ С ИНВЕСТИЦИЯМИ В КРЫМУ

**ВВЕДЕНИЕ.** Статья посвящена анализу позиции Российской Федерации десяти в инвестиционных делах, инициированных по искам украинских инвесторов после событий в Крыму в 2014 году. Также в статье освещаются современные тенденции в вопросе конфиденциальности при рассмотрении международных инвестиционных споров. Авторы приводят анализ того, является ли выбранная Россией стратегия перспективной исходя из опыта иностранных государств, а также делают предположения об исполнимости решений арбитража. Также авторы освещают проблему признания и приведения в исполнение данных решений в иностранных государствах для решенных по существу дел, а также дают оценку аргументам России при попытке аннулировать данные решения.

**МАТЕРИАЛЫ И МЕТОДЫ.** Основу настоящего исследования составляют арбитражные решения и информация из открытых источников, в том числе официальных пресс-релизов и интервью представителей России в связи с рассматриваемыми инвестиционными спорами. В исследовании использовался исторический метод, а

также такие общенаучные методы, как анализ, синтез, аналогия, описание, моделирование.

**РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ.** Результатом проведенного исследования является выявление закономерностей в инвестиционных делах с участием России по поводу капиталовложений в Крыму, выявление типичных аргументов сторон и выводов арбитражей для данной категории дел.

**ОБСУЖДЕНИЕ И ВЫВОДЫ.** Проанализировав решения, вынесенные в отношении России инвестиционными арбитражами, авторы представили обзор аргументов сторон, которые использовали на стадиях, когда арбитражи рассматривали вопрос о юрисдикции и решали спор по существу. Авторами дана оценка этих аргументов в точки зрения их убедительности на основании существующих прецедентов в международном инвестиционном праве.

**КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** международный инвестиционный арбитраж, Постоянная Палата Третейского Суда, Крым, Россия, Украина, прямые иностранные инвестиции, двусторонняя защита иностранных инвестиций.



**ДЛЯ ЦИТИРОВАНИЯ:** Рачков И.В., Рачкова Е.И. Рассмотрение в международных инвестиционных арбитражах исков к России, связанных

с инвестициями в Крыму. – *Московский журнал международного права*. 2020. № 4. С. 119–147. DOI: 10.24833 / 0869-0049-2020-4-119-147

## Introduction

This article deals with ten cases brought by Ukrainian nationals and legal entities against Russia in connection with taking of property in Crimea after the ‘Crimean Spring’ (2014). These claims were submitted to various *ad hoc* international investment arbitration tribunals. However, all these cases have a lot in common. First, they are based on the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the Encouragement and Mutual Protection of Investments dated 27 November 1998 (BIT).<sup>1</sup> Second, all of these cases are being dealt with by *ad hoc* arbitral tribunals under UNCITRAL Arbitration Rules,<sup>2</sup> and the Permanent Court of Arbitration (PCA) in The Hague acts as a registry in all these cases.<sup>3</sup> Third, all claims were brought by Ukrainian investors who, at the moment when investments were made, did not qualify as ‘foreign’ investors, as the investments were made in Ukraine before 2014 (when Crimea was taken over by Russia). Last but not least, the attitude of all parties involved (claimants, the respondent – Russia, the arbitration tribunals, and Ukraine as the intervening party) is similar in each of these cases, although over time Russia’s attitude substantially changed – from abstention from participating in the arbitration to using all possible endeavors to protect its legal position.

Before we turn to the analysis of the publicly available information on the specific Crimea related cases, we would like to dedicate some space to two aspects which are of relevance for those cases: (1) confidentiality in international investment arbitration; and (2) Russia’s attitude towards the PCA.

## I. Confidentiality in the international investment arbitration

In many PCA-administered cases, parties opt to keep the proceedings confidential [Ando:15]. However, from time to time, parties to such disputes agree to hold public hearings are (Abyei Arbitration; arbitration between TCW Group Inc and Dominican Energy Holdings LP v Dominican Republic).<sup>4</sup>

In general, confidentiality is one of the perceived advantages of (both commercial and investment) international arbitration [Redfern:2015]. Noteworthy, neither the UNCITRAL Arbitration Rules, nor the BIT contains provisions on confidentiality of arbitration proceedings. Depending on the conservativeness of who has to deal with this topic, the conclusion may be: because the applicable legal provisions do not explicitly regulate this question, the arbitration proceedings are (i) not confidential or (ii) confidential.

In investment arbitration the necessary prerequisite to publish the information on the case is to ensure that both parties do not object to disclosing such information. It is natural that the investor is willing to disclose information on the case, while the respondent host state is objecting to it. There may be several reasons behind that, for instance the unwillingness of the respondent state to disclose its arguments as investors in other cases may use such predictability when estimating the chances to win the case, and this full range argument regarding jurisdiction of the tribunal and merits and the award itself may be used against such respondent state.

Over time, many States (as the respondents in such cases) and foreign investors (as the claimants)

<sup>1</sup> Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on promotion and mutual protection of investments (done in Moscow, 27 November 1998). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3443/download> (accessed 01.12.2020).

<sup>2</sup> U.N. Commission on International Trade Law: UNCITRAL Arbitration Rules, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> (accessed 07.12.2020).

<sup>3</sup> See: Permanent Court of Arbitration. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/> (accessed 05.12.2020).

<sup>4</sup> The most recent example of public hearing in an investment arbitration case is *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12): by agreement of the parties, the hearing on 21–27 November 2020 was open to the public (except for any specific parts requested by either Party to be kept confidential), and video recordings of each hearing day shall be posted as soon as possible after each hearing day and will be available for viewing for one week. URL: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/vattenfall-ab-and-others-v-federal-republic-germany-icsid-case-no-0> (accessed 30.11.2020).

moved away from confidentiality not only of arbitral proceedings, but also in international investment law in general.<sup>5</sup> Moreover, in international relations, confidentiality seems to disappear. This is what Fyodor Lukyanov, editor-in-chief of *Russia in Global Affairs* magazine recently said: “The Russian side proceeds from classical schemes, according to which, no matter what rumbles on the surface, there is a certain confidential political and diplomatic process, in the course of which real issues are resolved. This nostalgia for diplomacy of better times constantly comes up against, firstly, the lack of confidentiality as a category, and secondly, the fact that no one wants to, nor can, decide any real issues behind the scenes. Throwing out private talks has become a common practice. The latest example is the publication of a summary of the conversation between the Presidents of Russia and France by *Le Monde*. The Kremlin’s indignation does not find understanding in the Elysée Palace or in the administration of the Federal Chancellor [of Germany]. This is primarily due to the fact that it is much more important for Western interlocutors to build their own image for their own public than to agree on something with Moscow. The most blatant manifestation of the attack of domestic policy on foreign policy is the repeated demands of the Democrats in the United States that the White House fully discloses Trump’s negotiations with Putin, up to and including attempts to publicly interrogate translators.”<sup>6</sup>

In this vein, information on the international investment arbitration disputes becomes more and more publicly available. In furtherance of this approach, in 2013, UNCITRAL developed Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.<sup>7</sup> These Rules apply to investor-State arbitration

initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors concluded on or after 1 April 2014<sup>8</sup> unless the Parties to the treaty have agreed otherwise. The Rules on Transparency, effective as of 1 April 2014, are a set of procedural rules for making publicly available information on investor-State arbitrations arising under investment treaties.

On 10 December 2014, UN member States adopted the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration<sup>9</sup> (so-called “Mauritius Convention on Transparency”). The Convention is an international treaty by which Parties to investment treaties concluded before 1 April 2014 expressed their consent to apply the UNCITRAL Rules on Transparency. On 18 October 2017, the Convention entered into force. Currently, the Convention is in force for Australia (starting 2021), Canada, Cameroon, Gambia, Mauritius, and – the one and only European State so far – Switzerland.<sup>10</sup>

The current trend in international arbitration is to diminish or at least to question confidentiality of arbitral proceedings as a whole. This trend is due to the arbitrations in which there is a genuine public interest, i.e. the arbitral award would affect the general public. In international investment arbitration, it is obvious that this is the taxpayer who has to pay in the event that the State loses the case. For instance, in a trio of arbitrations of former shareholders of Yukos Oil Company against Russia, the arbitral tribunal ordered the respondent (Russia) to pay in total over US\$ 58 million to the claimants (Hulley Enterprises Limited, Yukos Universal Limited and Veteran Petroleum Limited); this amount is only a portion of the costs of its legal representation of and assistance to the claimant in these arbitration

<sup>5</sup> In October 2014, the Council of the EU declassified the Directives it had given to the EU Commission for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America. URL: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf> (accessed 25.11.2020). Neither Russia, nor the Eurasian Economic Union (to which – in addition to Russia – Armenia, Belarus, Kazakhstan and Kyrgyzstan belong) publish their instructions for negotiations of international treaties: they are perceived by those countries as the *sancta sanctorum* of their ministries of foreign affairs.

<sup>6</sup> See: Journal Ogonjok. Cherez Zapad na Vostok (To the East through the West). URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4500909> (accessed 01.12.2020).

<sup>7</sup> U.N. Commission on International Trade Law: UNCITRAL Arbitration Rules, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> (accessed 05.12.2020).

<sup>8</sup> For Russia, these are the following bilateral investment protection and promotion treaties: with Azerbaijan (2014), Bahrain (2014), Iran (2015), and Morocco (2016). For Ukraine, it is only its BIT with Japan (2015). Thus, in disputes arising out of these treaties, the UNCITRAL Rules on Transparency shall apply. URL: [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status) (accessed 02.12.2020).

<sup>9</sup> United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/transparency-convention-e.pdf> (accessed 29.11.2020).

<sup>10</sup> See: UNCITRAL. URL: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status> (accessed 01.12.2020).

proceedings<sup>11</sup>. Even if the State wins the case, it needs to pay substantial fees to its external legal advisors, and such fees may not always be collected from the losing claimant. That is why it is important to disseminate information about those cases among the citizens of the given country and to analyse the legal positions of each party and of the arbitral tribunal.

Besides, the contents of the arbitral award or the course of the arbitration proceedings may become public as a result of attempts of the claimant or respondent to either set aside the award or to get it recognized and enforced: set-aside applications shall be filed with the competent State court at the arbitration seat<sup>12</sup>, and the applications for recognition and enforcement – with the competent state courts where such recognition and enforcement are sought. In this context, the national law of the appropriate country typically requires that the arbitral award be disclosed in full in the national language of such country. With this, the arbitral award becomes known to the general public.

Furthermore, the classical position of a State – that arbitration is confidential in nature – may violate constitutional rights and freedoms of such State's citizens, in particular their right to information. Given the supremacy of the Russian Constitution over international law,<sup>13</sup> such behaviour of the persons in charge of decisions on confidentiality violated the Constitution and may be challenged in the competent Russian domestic court (including the Constitution Court, as the case may be). Article 24(2) of Russian Constitution sets forth: *"The bodies of state authority and local self-government, their officials shall ensure for everyone the possibility of acquainting with the documents and materials directly affecting his or her rights and freedoms, unless otherwise provided for by law."* – One may argue that information on an investment arbitration case brought against our State does not directly affect the rights and freedoms of a citizen, that is why the State must not disclose such information.

According to Article 29(4) of Russia's Constitution, *"everyone shall have the right to freely look for, receive, transmit, produce and distribute information by any legal way. The list of data comprising state secrets shall be determined by a federal law."* – Under Russian law, information about international investment arbitration cases does not constitute "a State secret";<sup>14</sup> thus, in principle, there is no reason why such information shall be kept secret from the general public.

To add, the guiding principle of the Russian judicial system is that the proceedings in all courts are open and a hearing of a case in a closed session is allowed in the cases provided for by federal law (Article 123 (1) of Russia's Constitution). Indeed, Federal Laws Nos. 382-FZ "On the arbitration (arbitral proceedings) in the Russian Federation" dated 29 December 2015 (Article 21 para. 1) and 102-FZ "On Arbitral Tribunals in the Russian Federation" dated 24 July 2002 (Article 18) stipulate that arbitration proceedings are confidential, and hearings shall be held behind closed doors unless the parties agreed otherwise, and that arbitration proceedings shall be carried out in the basis of a number of principles, among which confidentiality. However, these laws do not apply to international investment arbitration: the former law regulates the procedure for the formation and operation of arbitral tribunals and permanent arbitration institutions on the territory of the Russian Federation, as well as arbitration proceedings; and the latter law – the procedure for the formation and operation of arbitral tribunals located on the territory of the Russian Federation. 'Judicial publicity' or 'open justice' are procedural maxims which have been at the core of many domestic procedural law systems at least since or in the wake of the enlightenment. That justice be performed under the public eye, and in that sense be transparent, has become a basic legal or even constitutional and human rights-based requirement. This quest is also deeply entrenched in

<sup>11</sup> Final awards dated 18 July 2014. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/60/> (accessed 03.12.2020), *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/61/> (accessed 03.12.2020), *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/62/> (accessed 03.12.2020).

<sup>12</sup> Awards rendered by ICSID tribunals may not be set aside by a State court though. Either party may only request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of specific grounds (Article 52 of the 1965 Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States). However, statistically, annulment attempts succeed very rarely.

<sup>13</sup> Para. 151 of the Working Party Report on Russia's accession to the WTO dated 17 November 2011. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:WT/MIN11/2.pdf&Open=True> (accessed 30.11.2020).

<sup>14</sup> See: World Trade Organization: Law No. 5485-I of the Russian Federation of 21 July 1993 "On State Secrets" (with subsequent amendments), English version (as of 2007). URL: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/rus\\_e/WTACCRUS58\\_LEG\\_125.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_125.pdf) (accessed 01.12.2020).

the societal and cultural understanding of judicial institutions in democratic States.

Nevertheless, our home country is reluctant to disclose information about cases, even on their mere existence. That is why it is extremely difficult to locate and to analyse the documents related to those cases. Often the public knowledge about these cases is based on the information disseminated by the claimants to the disputes, or leaked by the arbitrators / those who work for them and/or activists. Even though the PCA regularly publishes press releases, they are of very limited usefulness and value: they concern only procedural orders, while written submissions of the parties and awards remain confidential.

This attitude of Russia – not to disclose the information about investment arbitration cases – is paradoxical, as Russia is an active user of the international system of dispute settlement between host States and foreign investors, both as the respondent and as the country of origin of foreign investors who sue the foreign host States. According to the public information available at the UNCTAD website,<sup>15</sup> 26 claims were brought against Russia so far, and 25 Russian investors brought cases against foreign states: Moldova (6 cases), Ukraine (5 cases), Lithuania (3 cases), Belarus, Kyrgyzstan and Turkmenistan (2 cases per each country), Egypt, India, Kuwait, Mongolia, Montenegro – 1 case each country). As to the publicly known 26 cases against Russia as the host State, 10 cases were brought by Ukrainian nationals and legal entities. All of these 10 cases are of similar nature: they were triggered by takings of property which oc-

curred in Crimea peninsula after its takeover by Russia in spring 2014.<sup>16</sup>

## II. Russia's attitude towards the PCA.

Russia's attitude towards the PCA is ambivalent. On the one hand, the PCA has been established thanks to efforts of – among others, of course – Fyodor Fyodorovich Martens, an outstanding Russian diplomat and international lawyer (1845 – 1909). The PCA was created by the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, concluded at The Hague in 1899 during the first Hague Peace Conference and revised at the second Hague Peace Conference in 1907.<sup>17</sup> Russia (and after 1917 – the Soviet Russia and then – from 1922 to 1991 – the Soviet Union) has been a Contracting Party to both Conventions which completed the Hague Conferences of 1899 and 1907: The Hague Peace Conference of 1899 had been convened at the initiative of Czar Nicolas II of Russia “with the object of seeking the most objective means of ensuring to all peoples the benefits of a real and lasting peace, and above all, of limiting the progressive development of existing armaments.” Martens has been appointed as an arbitrator a number of times. One of the first cases administered by the PCA was Russia's Claim for interest on indemnities against the Ottoman Empire.<sup>18</sup> Currently, the PCA also administers a number of cases with Russia as a party, among which two interstate arbitrations, both brought by Ukraine against our home country:

– Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. the Russian Federation);<sup>19</sup> and

<sup>15</sup> See: U.N. Conference in Trade and Development. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/175/russian-federation> (accessed 01.12.2020).

<sup>16</sup> Although in many countries the takeover of Crimea by Russia is qualified as annexation, in Russia, most authors do not share this view, preferring to call it ‘reunification with mother Russia’ or ‘return to home harbor’. Cf. Burke J., Panina-Burke S. The reunification of Crimea and the city of Sevastopol with the Russian Federation. *Russian Law Journal*. 2017;5(3):29-68. URL: <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2017-5-3-29-68> (accessed 01.12.2020). Rainer Hofmann. Annexation. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020.

<sup>17</sup> For the first time, the rules of that Convention were used as soon as in 1899 – by the arbitral tribunal consisting of two British arbitrators (Lord Collins and Lord Russell), two US arbitrators (Justice Brewer and Justice Fuller) and presided by Fyodor Martens, when deciding the boundary dispute between Venezuela and British Guyana. In 2018, Guyana filed with the ICJ its application instituting proceedings against Venezuela requesting that Venezuela comply with the Arbitral Award of 3 October 1899. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/171> (accessed 02.12.2020).

<sup>18</sup> Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia / Turkey), PCA Case No. 1910-02. This case concerned a commitment by the Turkish government to indemnify the Russian government for losses suffered by Russian subjects during the 1877/1878 war. The amount was not contested by Turkey but the Turkish government postponed payment for a period of more than twenty years. Russia demanded interest by reason of the delay in payment. The Parties agreed to submit the matter to arbitration. The Tribunal ruled that, in principle, moratory interest could be granted; however, based on the diplomatic correspondence exchanged between the Parties, in which Russia had not claimed interest of any kind, the Tribunal found that Russia had renounced the interest. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/89/> (accessed 01.12.2020).

<sup>19</sup> Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. the Russian Federation), PCA Case No. 2019-28. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/229/> (accessed 04.12.2020).



– Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation).<sup>20</sup>

Before that, the PCA was administering another interstate arbitration – the *Arctic Sunrise* Arbitration (Netherlands v. Russia),<sup>21</sup> instituted on 4 October 2013 by the Netherlands under Annex VII to the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). The dispute concerned the boarding, seizure, and detention of the vessel *Arctic Sunrise* in the exclusive economic zone of Russia and the detention of the persons on board the vessel by the Russian authorities. The gist of the story is this: in 2013, after a peaceful protest against oil production by Gazprom at the first Arctic offshore installation, Prirazlomnaya, built in the Pechora Sea, 30 citizens from 17 countries (including four Russians) were detained on board a Greenpeace-owned vessel *Arctic Sunrise* under the flag of the Netherlands. After the activists landed on the platform, the ship was captured in the exclusive economic zone of Russia by Russian special forces descending from a helicopter and towed to Murmansk, where the ship crew spent two months in prison on the case of "piracy", then re-qualified as "hooliganism", after which they were released under bail and then amnestied.

The distinguishing feature of that arbitration was that Russia has not appointed an agent or any other representatives and, by a Note Verbale dated 27 February 2014 addressed to the PCA indicated its "refusal to take part in this arbitration." Russia's refusal to participate in the arbitration had disastrous consequences: the arbitral tribunal rendered three awards, all against Russia - award on Jurisdiction dated 26 November 2014, award on the merits dated 14 August 2015, and award on compensation dated 10 July 2017. In the award on jurisdiction, the arbitral tribunal concluded that Russia's declaration (made upon ratification of the UNCLOS) does not have the effect of excluding the present dispute from the procedures of Section 2 of Part XV of the UNCLOS and, therefore, does not have the effect of excluding the present dispute from the jurisdiction of the tribunal. In the award on the merits, the tribunal ruled that it had jurisdiction over all the claims submitted by the

Netherlands in this arbitration and that all the claims submitted by the Netherlands in this arbitration were admissible. The tribunal also found that by boarding, investigating, inspecting, arresting, detaining, and seizing the *Arctic Sunrise* without the prior consent of the Netherlands, and by arresting, detaining, and initiating judicial proceedings against the Arctic 30, the Russian Federation breached its obligations owed by it to the Netherlands as the flag State under Articles 56(2), 58(1), 58(2), 87(1)(a), and 92(1) of the UNCLOS. Moreover, the tribunal found that, by failing to comply with paragraphs (1) and (2) of the dispositive of the ITLOS Order, the Russian Federation breached its obligations to the Netherlands under Articles 290(6) and 296(1) of the UNCLOS, and by failing to pay its share of the deposits requested in procedural directions issued by the Tribunal to cover its fees and expenses in this arbitration, Russia has breached its obligations under Part XV and Article 300 of the UNCLOS.

In May 2019, Russian Ministry of Foreign Affairs announced<sup>22</sup> that Russia and the Netherlands had come to a complete and final settlement of any and all mutual claims due to or in connection with any events connected in any way with the presence of the *Arctic Sunrise*, the *Ladoga* vessel and the Prirazlomnaya oil platform in September 2013 in the Russian exclusive economic zone. Translated from the diplomatic Russian into the mundane Russian this only means: Russia paid the bill.

PCA members are potential arbitrators who may be appointed by Contracting Parties: parties to a dispute may, but are not obliged to, select arbitrators from the list of the Members of the Court. Each Contracting Party state is entitled to nominate up to four persons of "known competency in questions of international law, of the highest moral reputation and disposed to accept the duties of arbitrators" as "Members of the Court." Members of the Court are appointed for a term of six years, and their appointments can be renewed. In addition to forming a panel of potential arbitrators, the Members of the Court from each Contracting Party constitute a "national group," which is entitled to nominate candidates for the election to the International Court of Justice (ICJ),

<sup>20</sup> Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), PCA Case No.2017-06. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/149/> (accessed 29.11.2020).

<sup>21</sup> The Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia), PCA Case No. 2014-02. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/21/> (accessed 01.12.2020).

<sup>22</sup> See: Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. Sovmestnoe zayavlenie Rossijskoj Federacii i Korolevstva Niderlandov o sotrudnichestve v Arkticheskoj zone Rossijskoj Federacii i uregulirovanii spora, published on 17 May 2019. URL: [https://www.mid.ru/web/guest/maps/nl/-/asset\\_publisher/dPPQX1ysEV4N/content/id/3651941](https://www.mid.ru/web/guest/maps/nl/-/asset_publisher/dPPQX1ysEV4N/content/id/3651941) (accessed 01.12.2020).

Article 4(1) of the ICJ Statute). The Members of the Court (along with the judges of the ICJ) are among a handful of groups entitled to nominate candidates for the Nobel Peace Prize. Russia – and before it the Soviet Union – used their right to nominate four members of the PCA.<sup>23</sup>

Another example of Russia's attitude towards the PCA is the attempt, by Evgeny Tarlo, a member of the Council of Federation of the Federal Assembly of Russia<sup>24</sup>, to investigate why Russia instructed foreign lawyers – Cleary Gottlieb Steen & Hamilton and Baker Botts – to represent it in the infame Yukos arbitration. In addition, he branded PCA as a 'strange The Hague Arbitration Court': *"I ask you to instruct the constitutional committee [of the Council of Federation – I.R.] to find out who and on what basis instructed the foreign law firm to recognize the jurisdiction of the incomprehensible Hague Arbitration Court, created, possibly, specifically for this case"*<sup>25</sup>. However, as of March 2016, no parliamentary investigation was instituted.<sup>26</sup> Nevertheless, in March 2016, the Investigative Committee of Russia reported that it detected violations committed during Yukos' privatization. According to the Investigative Committee, this casts doubt on the legality of the \$ 50 billion arbitral award rendered in The Hague, which awarded compensation to Yukos' former shareholders.<sup>27</sup>

Thus, although Russia gave birth, together with other 'civilized nations' of that time, to the PCA, the latter is not the mostly loved child of our country: depending on the specific case, Russia either supports the PCA or tries to defeat it. We doubt that this is a very wise attitude of a permanent member of the

UN Security Council. In a way, Russia's attitude to Crimea-related cases administrated by the PCA is similar to that of China in the Southern China Sea arbitration [Feria-Tinta: 2016].

### III. Specific cases.

Russia's official position concerning Crimean cases may be found in two interviews by Mikhail Galperin, Deputy Minister of Justice of Russia<sup>28</sup>. Mr. Galperin stated that there are currently 12 (!) arbitration cases brought before the PCA by Ukrainian persons and the total amount claimed by them amounts to 12 billion US dollars. However, Russia does not perceive these claimants as investors since they "acquired property in violation of law". The claimants did not sink any investments into their assets in Crimea, but obtained them for free, whereas the necessary prerequisite to claim the protection under the BIT is to make investments. The controversial assets were created back in the Soviet years. In fact, Ukrainian claimants are trying to privatize substantial assets that were formed when Ukraine and Russia belonged to the same country. The BIT does not cover investments of the Soviet period at all. A foreign investor may be protected under an international treaty if the investor ensures fair reciprocal provision, i.e. the investor shall pay taxes to the budget, discharge social obligations, and the like. It is obvious that those "investors" did not pay anything to the Russian budget.

The most interesting feature of the interview is the following: Mr. Galperin states that "any potential

<sup>23</sup> Currently, these are: Kirill Gevorgian (currently judge at the ICJ), Roman Kolodkin (currently judge at the UNTLOS), Kamil Bekiashev and Stanislav Tchernichenko. URL: [https://docs.pca-cpa.org/2017/07/a3dd3223-current-list-annex-1-members-of-the-court-184006-v84\\_.pdf](https://docs.pca-cpa.org/2017/07/a3dd3223-current-list-annex-1-members-of-the-court-184006-v84_.pdf) (accessed 04.12.2020). None of them was ever appointed by Russia as an arbitrator in international investment arbitration cases. Since 2018, it is no longer a surprise that ICJ judges can no longer sit as arbitrators in investor-state arbitrations: on 25 October 2018, Abdulqawi Ahmed Yusuf declared that in his first annual speech to the United Nation's General Assembly since being elected President of the ICJ. URL: <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-EN.pdf> (accessed 02.12.2020).

<sup>24</sup> Evgeny Tarlo (1958 – 2020) represented Tambov region in the Council of Federation in 2007 – 2015. He was not only a lawyer by education, by also a former judge (Istra town court, Moscow region, 1985-1988) and an advocate (since 1993), candidate, then doctor of legal sciences. Thus, it is very regrettable that such a illiterate statement was made by such a prominent Russian lawyer.

<sup>25</sup> See: RIA Novosti: SF razberetsja, pochemu interesy RF v Gaage predstavljali inostrancy (RIA News: Russian Parliament will investigate why foreigners represented Russia in the Hague). URL: <https://ria.ru/20141029/1030710179.html> (accessed 01.12.2020).

<sup>26</sup> See: Izborskij Klub: Evgenij Tarlo. Amerikanskije juristy na sluzhbe u Rossii: "dvoynoe dno" mezhdunarodnyh sudov (American lawyers serve Russia: "false bottom" of the international courts. URL: <https://izborsk-club.ru/8672> (accessed 28.11.2020).

<sup>27</sup> See: Kommersant: Sledstvennyj komitet doshel do Gaagi (Investigative Committee approached the Hague). URL: <https://www.kommersant.ru/doc/2948912> (accessed 01.12.2020).

<sup>28</sup> See: RIA Novosti: Mikhail Gal'perin: nado uvazhat' mezhdunarodnoye pravo ne tolko, poka udobno (It is crucial to respect international law nor only when it is convenient). URL: <https://ria.ru/20200603/1572353127.html> (accessed 02.12.2020). Mikhail Gal'perin: milliardy dollarov hotjat ukrainskie kompanii za Krym (Ukrainian companies brough billions of USD for the Crimea). URL: <https://ria.ru/20190606/1555290619.html> (accessed 02.12.2020).

statements by Ukrainian persons to the effect that their rights in Crimea were violated by Russia may fall under the BIT only if Ukraine and these persons themselves recognize the sovereignty of Russia over Crimea. However, as both Ukraine and the arbitral tribunals stated in each of those cases (9 out of 10) in which Ukraine intervened as a non-disputing party, such intervention is without prejudice to Ukraine's position concerning non-recognition of Crimea as a Russian territory. No doubt, neither Ukraine nor the claimants can deny the fact that Russia exercises effective control over Crimea. However, the recognition of that effective control does not amount to recognition of the legality of Crimea's takeover by Russia. Even if the claimants, being Ukrainian natural persons and legal entities, would recognise Crimea as an integral part of Russia, that recognition would not be binding upon Ukraine itself. Otherwise the fact that – by way of example – a UK citizen bought real estate in the Northern part of Cyprus would be qualified as recognition of the Turkish Republic of the Northern Cyprus by the UK.

### 1. DTEK Krymenergo v. Russia.

In a press release of 10 April 2020<sup>29</sup>, the Russian Ministry of Justice disclosed that in 2018, a Ukrainian power and coal producer – DTEK Krymenergo (DTEK) ultimately owned by the Ukrainian oligarch Rinat Akhmetov had initiated arbitration proceedings against Russia under the Russia-Ukraine BIT. DTEK which stands for 'Donetsk Fuel and Energy Company' claims approximately 420 million USD in damages from Russia. DTEK alleges that Russia expropriated the claimant's Crimean assets, including various coal mines.

Russia recently raised objections against the tribunal's jurisdiction. Notably, my home State relies on the findings of another tribunal which is currently hearing Ukraine's claims against Russia under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). On 16 September 2016, Ukraine served on Russia a Notification and State-

ment of Claim under Annex VII to the UNCLOS referring to a dispute concerning coastal state rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait.<sup>30</sup>

In its Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation (dated 21 February 2020), the UNCLOS tribunal consisting of five arbitrators<sup>31</sup> found that it had jurisdiction to hear Ukraine's claims, but only insofar as examining these claims would not entail deciding a dispute between Russia and Ukraine regarding their respective claims to sovereignty over Crimea. Thus, that arbitral tribunal has no jurisdiction over questions that would require handing down a judgment on Russia's sovereignty claims over Crimea. The press release of the Russian Ministry of Justice also indicates that Russia interprets the BIT's territorial scope as not extending to investments made by Ukrainian investors in Crimea. The UNCLOS arbitral tribunal also ruled that a legal dispute existed between Russia and Ukraine regarding the status of Crimea, and the territorial sovereignty question was not merely ancillary to the UNCLOS dispute. Thus, the tribunal declined jurisdiction over Ukraine's claims "to the extent that a ruling of the Arbitral Tribunal on the merits of Ukraine's claims necessarily require it to decide, expressly or implicitly, on the sovereignty of either Party over Crimea". The arbitrators also dismissed a number of other jurisdictional objections invoked by Russia, and reserved other issues for the merits<sup>32</sup>.

Russia's active participation in this case is consistent with a broader change of its strategy: couple of years ago, Russia has decided to take a more active stance in a number of Crimea-related cases, such as *Lugzor v. Russia* and *Naftogaz v. Russia* (cf. below). In contrast, Russia declined to participate in earlier cases (described in greater detail below), in which several tribunals found that they had jurisdiction over Ukrainian investments in Crimea.

On the basis of the available information we conclude that the tribunal has been constituted to hear DTEK's claims. However, the identity of the arbitrators is not publicly known yet.

<sup>29</sup> See: Ministry of Justice of Russian Federation. URL: <https://minjust.gov.ru/ru/novosti/minyust-rossii-prodolzhaet-zashchitunacionalnyh-interesov-v-krymskih-arbitrazhah> (accessed 02.12.2020).

<sup>30</sup> Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), PCA Case No. 2017-06. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/149/> (accessed 01.12.2020)..

<sup>31</sup> Vaughan Lowe (Ukraine's nominee), Vladimir Vladimirovich Golitsyn (Russia's nominee) and three arbitrators selected by the Vice President of the International Tribunal for the Law of the Sea: Jin-Hyun Paik, Boualem Bouguetaia, and Alonso Gomez-Robledo. Mr. Jin-Hyun Paik sat as chair.

<sup>32</sup> In the UNCLOS case, Ukraine was represented by Covington & Burling, Harold Hongju Koh, Alfred Soons, and Jean-Marc Thouvenin, whereas Russia relied on counsel from Curtis Mallet-Prevost, Ivanyan & Partners, Alain Pellet, Tullio Treves, Samuel Wordsworth, Sergey Usoskin, and Amy Sander.

## 2. Everest Estate & Others v. Russia.

In June 2015, following the physical occupation of the Crimean peninsula by Russia in February 2014 and the subsequent annexation (as the arbitral tribunal put it) of the territory under Russian law in March 2014, Everest Estate, along with 17 other Ukrainian-registered companies and a Ukrainian national – Alexander Dubilet – commenced their joint claim against Russia.<sup>33</sup> The claimants complain of an alleged expropriation by the new Crimean authorities of a range of properties (including hotels, resorts, apartment complexes, offices, industrial plants and other buildings) in Crimea acquired by the claimants prior to the annexation. Although these actions were not undertaken by the Russian Federation but rather by its new members – the Republic of Crimea and the city of Sevastopol, in accordance with the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) these actions are attributable to the federal state which is a subject of international law.<sup>34</sup>

### *Russia refused to participate in the proceedings.*

Russia has not appointed an agent. In a letter to the PCA dated 15 September 2015 attaching correspondence dated 12 August 2015, Russia stated it “does not recognize the jurisdiction of an international tribunal at the Permanent Court of Arbitration in settlement of the abovementioned claims.” In its letter of August 2015, Russia also stated that “[i]t is manifest that such claims cannot be considered under the [BIT]”.

Russia also failed to appoint an arbitrator. That is why the PCA had to select an appointing authority who shall appoint the arbitrator on Russia's behalf. PCA selected Michael Hwang as such appointing authority. Michael Hwang named Professor Rolf Knieper (Germany) to the tribunal<sup>35</sup>. Jurisdictional hearings were held in December 2016, again in Russia's absence.

On 20 March 2017, the arbitral tribunal (consisting of Andrés Rigo Sureda as the chair, W. Michael Reisman and Rolf Knieper) rendered its jurisdictional award [Hepburn:2017], by which it unanimously affirmed its jurisdiction over the dispute. On 2 May

2018, the tribunal went on to award US\$150 million to the claimants.

Unfortunately, both awards – that on jurisdiction (2017) and the final one (2018) – remain unpublished. However, some information about the tribunal's reasoning in the award on jurisdiction leaked. In particular, defeating Russia's argument, that award hinges on the view that an investment did not need to be located in the territory of the respondent state at the time it was made, as long as it later came to be within that territory. In the tribunal's view, rather than denying BIT protection, this reasoning would be ‘more responsive to the purposes and objects of the BIT’.

The tribunal determined that it would view Russia's August 2015 letter as a jurisdictional objection, and (as in the parallel Privatbank and Belbek cases heard by a different tribunal, cf below) then determined on its own motion that it would bifurcate the case to address this jurisdictional objection in a preliminary phase.

Interestingly, in November 2016, the tribunal ruled that it would accept a written submission from Ukraine in the case (this phenomenon is called ‘non-disputing party submission’), although denied the investors' home state the possibility to present oral submissions. A non-disputing party is an individual or entity that is not a party to the dispute, but asks the arbitral tribunal's permission to file a written submission in the case. The non-disputing party's role is to assist the arbitral tribunal in deciding the dispute by providing a perspective different from that of the parties, via the submission of a written brief. Tribunals may accept or decline submissions by non-disputing parties.<sup>36</sup> State parties to a treaty which are not parties to the dispute may have a right under that treaty to make submissions on a question of application or interpretation of the treaty. Although the BIT does not explicitly grant such right to Ukraine, in absence of such provisions in the BIT the arbitral tribunal has the power to decide this question at its discretion.

Subsequently, in early March 2017, the tribunal permitted the claimants to submit the February 2017 jurisdictional decisions in the Privatbank and Belbek cases, where the claimants were represented by the

<sup>33</sup> Everest Estate v Russia, PCA Case No. 2015-36. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/133/> and <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/everest-estate-and-others-v-russia/> (accessed 01.12.2020)..

<sup>34</sup> Annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol. I)/Corr.4. ARSIWA, Article 4, Conduct of organs of a State: “1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, [...] whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.” URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf) (accessed 02.12.2020).

<sup>35</sup> The appointing authority is dealt with in Article 6 of UNCITRAL Arbitration Rules. The appointing authority, as its name indicates, is the body which appoints the arbitrator in case the party or both parties fail to do that.

<sup>36</sup> See: ICSID. URL: <https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/ndp> (accessed 02.12.2020).



same law firm (Hughes Hubbard & Reed LLP) as the Everest Estate claimants.

In the award on jurisdiction, the following legal issues were discussed:

- Is Russia's *de facto* control over Crimea enough for the BIT to apply? – Brief answer: yes, it is.
- Does the tribunal have jurisdiction despite Russia's non-participation? – Brief answer: yes, it does.
- Does the BIT apply to Crimea? – Brief answer: yes, it does.
- What is the role of the object and purpose of the BIT in its interpretation? – Brief answer: the object and purpose of the BIT dictate that the BIT shall protect the investments of Ukrainian claimants made in Crimea, even though at the time when such investments were made there, Crimea undoubtedly belonged to Ukraine.
- Are the arbitration proceedings at hand a class action or a multi-party arbitration? – Brief answer: a multi-party arbitration. This question is important because – if the arbitration would be considered as a class action, the claim would not be admissible, as the BIT does not expressly provide for class action claims.

***Is Russia's de facto control over Crimea enough for the BIT to apply?***

In their filings, the claimants espoused the general principle: treaties are binding on a state in respect of its entire territory [Aust:2006]. Since Russia claimed Crimea now as an integral part of its ter-

ritory, the claimants argued that Russia could not avoid the conclusion that the BIT therefore applied to Ukrainian investments in Crimea.

Moreover, the claimants argued that this applied even to *de facto* exercise of jurisdiction over territory. Thus, according to the claimants' view, it was irrelevant whether Russia's annexation of Crimea was internationally lawful. Drawing a parallel between human rights treaties and investment treaties, the claimants contended that case-law from the European Court of Human Rights<sup>37</sup> and the ICJ<sup>38</sup> had found occupying states to be bound by treaties 'if non-performance of treaty obligations would adversely affect the population of that territory'.

In the claimants' view, the BIT did not require the investments to have *originally* been made in the respondent state's territory; the definition of 'territory'<sup>39</sup> for BIT purposes was movable over time, and their investments in Crimea (i.e. Ukraine) became investments in Russia when Russia's borders moved (whether *de facto* or *de iure*).

Responding to questions from the tribunal, the claimants also cited the case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia resolved by the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in 1925.<sup>40</sup> In that case, the PCIJ held that Poland was liable for expropriating German-owned property that was located in territory that was originally German but later became Polish. Moreover, the claimants pointed to case-law of the Ethiopia-Eritrea Claims Commission<sup>41</sup>: the latter held Ethiopia responsible

<sup>37</sup> *Loizidou v Turkey*, Admissibility, App No. 15318/89, Case No. 40/1993/435/514, A/310, [1995] ECHR 10, (1995) 20 EHRR 99, (1996) 21 EHRR 188, IHRL 3133 (ECHR 1995), 23 March 1995, European Court of Human Rights [ECHR]; Grand Chamber [ECHR].

<sup>38</sup> See: International Court of Justice. Advisory Opinion of 9 July 2004 on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. URL: <https://icj-cij.org/en/case/131/advisory-opinions> (accessed 01.12.2020).

<sup>39</sup> Article 1 para. 4 BIT: "The term 'territory' means the territory of the Russian Federation or the territory of Ukraine, as well as their respective exclusive economic zone and continental shelf, as defined in accordance with international law."

<sup>40</sup> See: Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, judgement No.6 dated 25 August 1925. URL: [https://icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_07/17\\_Interets\\_allemands\\_en\\_Haute\\_Silesie\\_polo\\_naise\\_Fond\\_Arret.pdf](https://icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polo_naise_Fond_Arret.pdf) (accessed 01.12.2020).

<sup>41</sup> See: Permanent Court of Arbitration. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/71/> (accessed 01.12.2020). Following the breakout of an armed conflict between the Federal Democratic Republic of Ethiopia ("Ethiopia") and the State of Eritrea ("Eritrea") in May 1998, the governments of Ethiopia and Eritrea "permanently terminate[d] military hostilities between themselves" pursuant to an agreement signed in Algiers on 12 December 2000 (the "Algiers Agreement"). Two commissions were established under the Algiers Agreement. Article 4 provided for the establishment of a Boundary Commission and Article 5 provided for the establishment of a Claims Commission. The Claims Commission was established to "decide through binding arbitration all claims for loss, damage or injury by one Government against the other" related to the armed conflict and resulting from "violations of international humanitarian law, including the 1949 Geneva Conventions, or other violations of international law." The Parties were entitled to submit claims on their own behalf and on behalf of their nationals (including both natural and legal persons), or in appropriate circumstances, persons of Ethiopian or Eritrean origin who were not nationals. The Commission was seated in The Hague with the PCA serving as the registry. The Parties filed their claims by 12 December 2001, addressing matters including the conduct of military operations in the front zones, treatment of prisoners of war, treatment of civilians and their property, diplomatic immunities and the economic impact of certain government actions during the conflict. The Commission decided to bifurcate proceedings, dealing first with issues of liability and reserving the determination of damages for a later stage. The Commission heard the claims between December 2002 and April 2005. The Commission held two rounds of hearings on damages in April 2007 and May 2008. In total, the Commission delivered 15 partial and final awards on liability and concluded its work on 17 August 2009, when it delivered its final awards on damages.

for expropriating certain Eritrean citizens who were formerly Ethiopian, after the state deprived them of Ethiopian citizenship. In the claimants' view, these precedents indicated that property did not need to be originally foreign-owned if later events transformed the relationship.

The effective control doctrine constitutes a danger for Russia since its accession to the Council of Europe. The European Court of Human Rights (ECHR) held Russia, on a couple of occasions (for instance, *Ilaşcu, Catan, Mozer cases v. Moldova and Russia*), responsible for violation of human rights on the territories *de facto* effectively controlled by Russia [Hamid:2019], although Russia itself does not agree with that finding. Russia was not the first in the row of States who suffered from the application of the effective control doctrine (the first was Turkey in the *Loizidou* case), but this finding in cases against Russia is one of the points of tension between Russia and the ECHR. Russia already threatened ECHR that it would not enforce the *Katan* judgment, as Russia does not share ECHR's view that Russia allegedly controls Transnistria.

#### ***Does the tribunal have jurisdiction despite Russia's non-participation?***

The tribunal confirmed its powers to examine its own jurisdiction, despite Russia's non-appearance. Several other preliminary issues were then disposed of. The tribunal found that there was a "dispute" between the parties,<sup>42</sup> thus construing Russia's letter not as a rejection of a dispute as such but as a rejection of jurisdiction to consider this dispute. Further, the tribunal saw no issue with the claimants' Ukrainian nationality, or with their legal competence to make investments in Crimea, given that Ukrainian law did not restrict investment in Crimea even after the annexation. The various property holdings were also swiftly held to constitute investments under the BIT.

In addition, the tribunal noted that all parties (including Ukraine, in its non-disputing party submission)

agreed that the BIT was still in force, allowing the tribunal to avoid questions of whether investment treaties 'survive and operate in an armed conflict and upon a change in the status of territory'.

#### ***Does the BIT apply to Crimea?***

Turning to more central issues, the tribunal then considered whether the investments were 'investments in Russian territory', as required for protection under the BIT. For this purpose, the arbitral tribunal applied the general principle expressed in Article 29 ('Territorial scope of treaties') of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT, 1969): "Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory."

The tribunal found that the BIT applied to the entire Russian territory. It was true, the tribunal said, that the BIT was expressed to apply to all territory including the two states' exclusive economic zones and continental shelves 'defined in accordance with international law'. This last phrase arguably qualified 'territory' as well as 'exclusive economic zone' and 'continental shelf', potentially requiring an assessment of whether Crimea was Russian territory as 'defined in accordance with international law'.

However, the tribunal side-stepped this argument, because both Russia and Ukraine agreed that the BIT applied to Crimea. In particular, in its non-disputing party submission Ukraine maintained that Crimea remained Ukrainian territory, but that Russia's current occupation meant that, for the purposes of the BIT, Crimea was 'presently' part of Russian territory.

Thus, for the tribunal, the territorial scope of the BIT was not in issue and had not changed; the treaty always applied one way or another, to Crimea. The question for the tribunal, in its view, was one of timing – namely, whether the BIT applied to Ukrainian investments made in Crimea before the annexation.

<sup>42</sup> The existence of a dispute between the Parties is a condition for the ICJ's jurisdiction. The ICJ has repeatedly addressed the question of whether there existed a dispute between the parties, e.g. in the following cases: *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russian Federation)*; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*; *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v Colombia)*; *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v France)*. Most prominently, in three cases concerning *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* for the first time the ICJ found that it lacked jurisdiction over the cases because there was no 'dispute'. In its judgments of 5 October 2016, the Court pointed out that 'a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were "positively opposed" by the applicant' (para. 38). The Court denied that the existence of a dispute may be inferred from the conduct of the parties after the institution of the proceeding by noting: 'If the Court had jurisdiction with regard to disputes resulting from exchanges in the proceedings before it, a respondent would be deprived of the opportunity to react before the institution of proceedings to the claim made against its own conduct' (para. 40).

***Role of the object and purpose of the BIT in its interpretation.***

Any arbitral tribunal has to apply and to interpret the international treaty applicable to the case before that tribunal. According to Article 31 para. 1 VCLT, the general rule of interpretation of international treaties is this: “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” That is why in the case at hand the arbitral tribunal assessed the BIT’s purpose and object. In doing so, the tribunal first gave an example from the law of armed conflicts: by occupying a territory, the occupying State assumes obligations towards the inhabitants of that territory. Thus, the occupation of Crimea by Russia created obligations for Russia as the occupying State; such obligations did not previously exist, the tribunal said.

The tribunal then noted that the claimants clearly must make an investment, i.e. an injection of assets, and that the investment must be in the respondent State’s territory – but it was less clear whether these requirements must both be satisfied simultaneously.

Firstly, a textual analysis of the BIT did not suggest any need for simultaneity. Although the BIT used the word ‘invested’ in the past tense, this did not mean that the territory had to be part of the respondent when the investment was made, the tribunal said. Otherwise, BIT protection would be denied to some investors ‘purely as a result of the location of the investment’.

Secondly, in the tribunal’s view, BITs sought to encourage investment, and granted investment protection in order to do so. This ‘essential synallagmatic character’ persisted even in the post-annexation circumstances: Russia benefited from the investments, and the claimants benefited from BIT protection. For the tribunal, allowing the BIT to apply was thus ‘more responsive to the purposes and objects of the BIT’, provided that the investment was in the re-

spondent’s territory by the time of the alleged breach.

The tribunal also cited the *PacRim v El Salvador* case<sup>43</sup>: that tribunal held that the claimant was not required to have the correct nationality before making its investment, as long as it did so prior to the alleged breach.

Lastly, the tribunal approved of the claimants’ references to the *Certain German Interests* case and the *Ethiopia-Eritrea Claims Commission* case-law. The tribunal commented that the claimants had not sought to exit Crimea after the annexation, since Russian law had (at least initially) maintained their rights. Moreover, for the tribunal, it would be an unreasonable interpretation to hold that investments nationalised by Russia ‘and/or its subjects’ were found to be outside Russian territory; ‘[i]n fact, the nationalization presupposes that the investments were on Russian territory’.

Thus, the tribunal held that the investments were made on Russian territory, for the purposes of the BIT claim. Unlike in the *Privatbank* and *Belbek* cases (cf. below), in the *Everest* case, the tribunal did not nominate a specific day from which Russia was bound by BIT obligations in respect of Crimea.

Following this conclusion, the tribunal confirmed that the investments were made in accordance with Russian law, finding that transitional laws had preserved rights previously created under Ukrainian law, and that Russia had never alleged any non-compliance.

***Class action or multi-party arbitration?***

A class action is a type of lawsuit where one of the parties is a group of people who are represented collectively by a member of that group. The class action originated in the United States and is still predominantly a U.S. phenomenon, although some other countries of the world (including Russia) recently introduced amendments to allow certain groups of claimants (e.g. consumers) to bring claims on behalf of all members of such groups.

<sup>43</sup> The *Pac Rim* tribunal was the first to interpret the denial of benefits clause contained in CAFTA – the Dominican Republic–Central America–United States Free Trade Agreement. *Pac Rim* argued that it was protected under CAFTA due to its incorporation in the U.S. State of Nevada. The CAFTA provision (Article 10.12.2) permits a CAFTA state party to deny the benefits of treaty protection (including access to ICSID arbitration) to an investor if two cumulative conditions are met. First, the investor has “no substantial business activities in the territory of any Party.” Second, persons of a non-Party to CAFTA own or control the enterprise that is making the investment. As to this last condition, the tribunal accepted El Salvador’s argumentation and found that *Pac Rim* was owned by *Pacific Rim Mining Corporation*, which in turn was a Canadian entity. According to the tribunal, the fact that the ultimate owners or controllers of *Pac Rim* had postal addresses in the United States was insufficient for them to qualify as U.S. nationals under CAFTA (see Annex 2.1, CAFTA). CAFTA provides that for the United States, natural persons mean U.S. nationals, that is, American citizens or persons who owe permanent allegiance to the United States of America, as per the requirements of the U.S. Immigration and Nationality Act (para. 4.81, decision on jurisdiction). Consequently, the tribunal declined to exercise jurisdiction over *Pac Rim*’s CAFTA claims. However, it upheld its jurisdiction based on El Salvador’s investment law (para. 5.48, decision on jurisdiction). URL: <https://www.italaw.com/cases/783> (accessed 01.12.2020).

As to this final issue, the tribunal recalled its questions to the parties about the ‘apparent lack of relationship’ between the nineteen claimants, and inquired into whether Russia could be said to have consented to a multi-party claim by (potentially) unrelated claimants, particularly when the UNCITRAL rules did not expressly contemplate such claims.

In response, the claimants argued that they were all associated with, or perceived by Russia to be associated with, Ukrainian oligarch Igor Kolomoisky, and that this association had prompted all the alleged expropriations.

The tribunal noted that the BIT referred both to an ‘investor’, in the singular, and to ‘investors’, in the plural. Agreeing with the approaches of tribunals in the *Abaclat* and *Ambiente Ufficio* cases,<sup>44</sup> the tribunal considered that the BIT’s silence on the specific question of multi-party claims did not indicate a lack of consent; instead, ‘[t]he State and each investor have given their consent’.

Moreover, although there might be a minimum link necessary between all the claimants in a multi-party arbitration (as the *Ambiente Ufficio* tribunal had suggested), the link was clearly sufficient here. The claimants had submitted their claim jointly, the same legal provisions were in issue, each investor had ‘similar circumstances’, and ‘substantially identical’ relief was sought by each.

Thus, this (purely hypothetical though) objection from Russia was also rejected.

In order to round up the coverage of this case, it makes sense to pay attention to Russia’s efforts to prevent the recognition and enforcement of the awards rendered against it in favor of the above 19 claimants. These attempts have to do with: setting aside efforts (combined with stay of enforcement and security for costs); and Russia-Ukraine ‘recognition and enforcement war’.

***Russia’s attempts to set aside the arbitral awards and applications to stay enforcement or to order the claimants to deposit security for costs.***

Although Russia refused to participate in the arbitral proceedings, it has opted to challenge the awards at the seat in The Netherlands. These set-aside proceedings are still pending before the Hague Court

of Appeal. Concurrently, Russia filed an ancillary request with the same court in The Netherlands to stay the enforcement of the awards or, alternatively, to order the claimants to post security for potential costs which Russia may incur. An order for security for costs is an order of a State court or the arbitral tribunal requiring a party to pay money into court, or to provide a bond or guarantee or an insurance policy as security for their opponent’s costs of the proceedings or a part of the proceedings.

In its judgment<sup>45</sup>, The Hague Court of Appeal has refused to stay the enforcement of the above two UNCITRAL awards (on jurisdiction and on the merits) obtained by Everest Estate LLC and others against Russia or, alternatively, to order the claimants to post security. In particular, the Court held that Russia’s set aside request against the two awards in this case did not have a “high” chance of success, thus obviating suspension of the award’s enforcement.

Hughes Hubbard & Reed LLP, a US law firm, represented the claimants in the underlying arbitral proceedings. Before the Dutch court, Mr. RS Meijer acted for Russia, and M. van de Hel-Koedoot for the claimants.

In declining to grant Russia’s request, the Court weighed as a relevant factor Russia’s chances to prevail on the merits, thus shedding light on the six reasons invoked by Russia to set the award aside. (The judgment indicates that Russia raised other grounds, but these have not been pleaded in the state’s request for suspension.)

These reasons include arguments that the BIT does not apply to this case as the investments were made in Crimea when the peninsula was still part of Ukraine. However, the Dutch judges noted that, while a complex debate, multiple arbitral tribunals as well as the Swiss Federal Tribunal (when hearing a set aside petition in the *Stabil v. Russia* case, cf. below) have been unconvinced by these arguments, which did not bode well for Russia’s arguments in these set aside proceedings.

Russia also argued that the investments should be denied protection under the BIT for illegality, but the Court observed that these allegations only concern, at most, a few of the 18 claimants – such that Rus-

<sup>44</sup> In *Abaclat*, at issue were claims by some 60,000 claimants purporting to have ownership interests in Argentine sovereign bonds. URL: <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/abacat-formerly-beccara-and-others-v-argentina/> (accessed 01.12.2020). In *Ambiente Ufficio*, the arbitration proceedings were brought by some 90 claimants. However, in both cases, the arbitral tribunals concluded that neither of them constitutes a “class action” or a “mass claim” but rather “multi-party” or collective proceedings.

<sup>45</sup> The Hague Court of Appeal, Case No. 200.250.714-01, judgement dated 12 June 2019. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2019:1452> (accessed 01.12.2020).



sia could only hope for a partial annulment of the award.

The Court was also unimpressed by Russia's argument that the claimants relied on allegedly fraudulent documents, observing that the state did not contest these documents before the arbitral tribunal nor opted to re-open the proceedings for a revision.

Further, and more originally, Russia claimed that the tribunal should have refrained from ruling before any resolution of the territorial dispute concerning Crimea, a dispute that should proceed under Article 10 of the BIT ('Resolution of Disputes Between the Contracting Parties') which contains provisions for state-to-state arbitration. However, according to publicly available information, no such arbitration between Ukraine and Russia is currently ongoing.

The Dutch Court of Appeal saw this ground as unpersuasive, as the BIT does not provide for such a limit on the tribunal's jurisdiction, and it was possible for the tribunal to decide the claims without ruling on the territorial dispute.

Finally, Russia contested the tribunal's decision to rule on a multi-party claim, and argued that the BIT did not provide for this kind of proceedings. However, as explained above, the tribunal held that there was a sufficient link between the claims, as the investors were all related to Ukrainian tycoon Kolomoisky. The judges were unconvinced by that latter argument raised by Russia, and – at least for the time being – agreed with the claimants that the BIT's language did not rule out multi-party claims.

All in all, therefore, the Court concluded that Russia had failed to prove that its challenge to the awards had a "high" probability of success. Since no other consideration applied, the Court thus declined to stay the enforcement of the award.

#### ***Recognition and enforcement of the award on the merits in Ukraine.***

In 2019, the claimants have secured a ruling for recognition and leave to enforce from the Kiev Court of Appeal. More recently, Ukraine's Supreme Court upheld these rulings of the lower court, in a decision rendered this month. The award-creditors are targeting shares in two Ukrainian banks that are owned by Russian state-owned financial institutions.

According to Russian news agency Interfax, Russian state-owned bank Vnesheconombank ("VEB") has notified Ukraine of a dispute under the BIT on 14 September 2018<sup>46</sup>. The move follows a decision by Ukrainian courts (rendered in September 2018) to seize assets from the Ukrainian subsidiaries of three Russian state-owned banks, VEB (and its subsidiary Prominvestbank), Sberbank and VTB. The Kiev Court of Appeal ordered the seizure in the context of the recognition and enforcement proceedings of the above \$150 million arbitral award against Russia obtained by Ukrainian investors earlier in 2018.

Such levy of execution in the property owned by a Russian bank which in turn is controlled by Russia is contrary to the international law provisions on sovereign immunity, as the property of VEB is distinct from that its shareholder (Russia). In accordance with Russian domestic law, VEB is not liable for the obligations of the Russian Federation, and the Russian Federation is not liable for the obligations of VEB.<sup>47</sup> VEB has the legal status of a "State corporation". A State corporation is a non-commercial legal entity. According to a more general provision of Russian law, a legal entity is an organization that has separate property and is liable for its obligations, can, on its own behalf, acquire and exercise civil rights and bear civil obligations, be a plaintiff and defendant in court.<sup>48</sup>

#### ***Russia's revenge on Ukraine.***

On 21 May 2008, the Russian company OJSC "Tatneft" ("Tatneft") filed a notice of arbitration and statement of claim against Ukraine pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules.<sup>49</sup> Tatneft claimed that Ukraine violated the BIT because Tatneft and other foreign shareholders were deprived of the right to effectively control their investments in Ukraine – Ukratnafta. Tatneft's claim amounted to US\$ 2.4 billion. On 29 July 2014, the arbitral tribunal found that Ukraine had violated the BIT, and ordered Ukraine to pay Tatneft a compensation equal to US\$112 million (plus interest equal to three-month LIBOR plus 3 per cent., payable from when Tatneft was deprived of the right to control its shareholding in Ukratnafta).<sup>50</sup> The arbitral tribunal dismissed the other claims.

<sup>46</sup> See: Interfaks. VJeB iniciiruet process protiv Ukrainy iz-za aresta akcij Prominvestbanka (VEB initiates proceedings against Ukraine due to forfeiture of shares of Prominvestbank). URL: <https://www.interfax.ru/business/629314> (accessed 01.12.2020).

<sup>47</sup> Article 5 para. 2 of Federal Law No. 82-FZ "On the State Development Corporation "VEB.RF" dated 17 May 2007 (as amended on 31 July 2020).

<sup>48</sup> Article 48 para. 1 of the Civil Code of the Russian Federation.

<sup>49</sup> PCA Case No. 2008-08. URL: <https://www.italaw.com/cases/4736> (accessed 01.12.2020).

<sup>50</sup> OAO Tatneft v Ukraine, PCA Case No. 2008-8, Award on the Merits. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8622.pdf> (accessed 01.12.2020).

Ukraine later submitted a motion to the Paris Court of Appeals for the annulment of the arbitral award. This was ultimately rejected. Subsequently, Ukraine submitted an appeal of the arbitral award to the Court of Cassation of France. That court declined the appeal.

Concurrently, Tatneft submitted applications for recognition and enforcement of the arbitral award in the United States, Russia and the United Kingdom. In June 2017, the *Arbitrazh* Court of the city of Moscow terminated the proceedings for recognition and enforcement of the arbitral award in the territory of the Russian Federation, recognising Ukraine's judicial immunity in this case, as Ukraine did not provide direct consent to the jurisdiction of Russian courts.<sup>51</sup>

On 1 August 2017, Tatneft filed an appeal against that ruling of the *Arbitrazh* Court of the city of Moscow. On 29 August 2017, the *Arbitrazh* Court of the Moscow District adopted a resolution reversing the ruling of the *Arbitrazh* Court of the city of Moscow and remanded the case to the court of first instance for a new trial.

On 20 February 2018, the *Arbitrazh* Court of the city of Moscow ruled to postpone the trial of the case until 24 April 2018 having found it necessary to file an enquiry with the Federal Service for State Registration, Cadastre and Cartography of the Russian Federation regarding the official list of Ukraine's properties in the territory of the Russian Federation. Tatneft was seeking to enforce against the premises of the Cultural Centre of Ukraine in Moscow, the Ukraine Health Centre in the city of Yessentuki (Stavropol Region), the Semashko Health Centre the city of Kislovodsk (Stavropol Region) and the "Gea" Recreation Centre in the village of Natalevka (Rostov Region).

On 15 June 2018, the *Arbitrazh* Court of the city of Moscow issued a ruling transferring the suit to the *Arbitrazh* Court of the Stavropol Region (in Russian: kray) because the main asset of Ukraine not protected by that State's sovereign immunity – Semashko Health Centre – is located in that region. On 11 March 2019, the *Arbitrazh* Court of the Stavropol Region recognized and ordered to enforce the arbitral award. On 21 June 2019, the cassation court upheld that judgment. On 21 October 2019, a sole judge of the Supreme Court of the Russian Federation decided not to transfer the case for examination

to the Supreme Court's Judicial Collegium for Economic Disputes.<sup>52</sup>

### 3. Kolomoisky and Aeroport Belbek v. Russia; Privatbank and Finilon v. Russia

Belbek airport near Sevastopol is an airport of joint military-civil operation. Before 2014, it was ultimately controlled by Igor Kolomoisky, whose civil airlines used the airport for flights outside Ukraine. Since 2014, the airport has been renovated, but was not used for civil aviation. It is expected that Belbek airport will resume its operation for civil aviation flights in 2021. The construction of the civil sector of Belbek airport is planned by the federal special-purpose program for the development of the Republic of Crimea and Sevastopol. The approximate cost of that project amounts to 1.7 billion rubles. Belbek civil airport shall become a branch of the international airport Simferopol, accepting civil flights and business aviation. It is planned to construct a 500 square meter building with one boarding gate. The terminal will operate from 1 May to 30 September and will receive up to two flights during peak hours. In 2014, the military airport Belbek has been forcibly taken over by Russian troops.

Privatbank was established by Igor Kolomoisky and his business associates in 1992. Privatbank became the largest commercial bank in Ukraine, in terms of the number of clients, value of assets, loan portfolio and taxes paid to the Ukrainian budget. On 18 December 2016, the bank was nationalized by the government of Ukraine to protect its 20 million customers and to preserve financial stability in the country. A forensic audit performed by Kroll (an international detective agency) discovered that the bank had been subject to large scale coordinated fraud before nationalisation resulting in losses of at least US\$5.5 billion.

In 2014, when Crimea came under Russian control, Ukrainian banks scaled down their presence there. However, the question remained: how can private clients of those banks get back their deposits? To satisfy these debts, Russia established the Fund for Protection of Depositors in April 2014. The Fund took over the duty to pay compensations to the Crimean clients of Ukrainian banks and to represent before Russian courts their interests in collecting debts from banks. Deposits placed with Ukrainian

<sup>51</sup> Case No. A40-67511/2017. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/f541a5b1-ebae-4581-83f9-461efa202274> (accessed 05.12.2020).

<sup>52</sup> Cases No. A63-15521/2018, F08-4119/2019 and 308-EC19-17745. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/ee150159-c578-4958-9f65-692cf439cb71> (accessed 27.11.2020).

banks before 2 April 2014 were subject to compensation; the amount of payments did not exceed 700 thousand rubles per depositor in one bank.

Over the entire period of its work, the Fund for Protection of Depositors has paid out 29 billion rubles, said in early April 2017 the Minister of Economic Development of Crimea Andrey Melnikov, who previously held the post of Deputy Director General of the Russian Deposit Insurance Agency. About 219 thousand private clients received these payments by the end of 2016.

On 25 April 2014, the Central District Court of the Republic of Crimea transferred all the property of the Crimean divisions of Privatbank to the Fund for Protection of Depositors for trust management. The Fund announced a tender for the lease of three lots of Privatbank property: bank offices (39), ATMs (359) and payment terminals (557). On the same day, Privatbank posted on its website a petition addressed to Vladimir Putin with a request to allow "Bank of Moscow or any other Russian bank to become the successor of Privatbank's infrastructure, assets and liabilities in Crimea." 4.9 thousand people signed up for that petition.

In May 2014, Privatbank filed an (ultimately unsuccessful) appeal against the decision of the Crimean District Court to transfer the property of its offices on the Crimea peninsula to the Fund. In April 2016, the Fund for Protection of Depositors transferred PrivatBank's previously nationalized real estate and plots of land to the government of Crimea.

In a pair of interim awards (which remain confidential) rendered on 24 February 2017 by identically constituted arbitral tribunals (in each case: Pierre-Marie Dupuy – chair, Daniel Bethlehem – claimants' nominee, and Vaclav Mikulka – arbitrator chosen by an appointing authority), hearing these two parallel claims against Russia, certain key jurisdictional objections raised by Russia have been dismissed [Peterson:2017]. In particular, arbitrators have accepted the principle that Russia could be liable under the BIT for the mistreatment of investors in the Crimean Peninsula following the date when Russia *de jure* incorporated Crimea into the Russian Federation.<sup>53</sup> To the best of our knowledge this is the first instance where a tribunal has ruled to extend BIT protection to circumstances such as these.

The claimants in the Privatbank and Belbek airport cases are represented by the law firm Hughes

Hubbard and Kaj Hober, a Swedish lawyer and an outstanding arbitrator. Ukraine was allowed to file a third-party submission; Ukraine was represented in its intervention by Covington & Burling.

As in the Everest case, Russia has not appeared to defend itself in these cases. However, in its letters sent to the Permanent Court of Arbitration (the administering authority of these cases), Russia has contended that the "[Ukraine-Russia BIT] cannot serve as a basis for composing an arbitral tribunal to settle [the Claimants' claims]" and that it "does not recognize the jurisdiction of an international arbitral tribunal at the [PCA] in settlement of the [Claimants' claims]."

Despite Russia's failure to file a statement of defence, or to set out jurisdictional objections, the tribunals in both the Privatbank and Belbek airport cases decided to bifurcate their proceedings so as to address certain jurisdiction and admissibility issues.

The tribunals have dismissed certain of the key objections, while leaving certain other jurisdictional questions (such as the presence of protected investments) to a later phase of the case.

In particular, the tribunals have determined that Russia had obligations to protect Ukrainian investors in Crimea under the Ukraine-Russia BIT from 21 March 2014 onward. Although the claimants had pushed for an earlier date, owing to earlier Russian occupation of the territory, the tribunal pointed at 21 March 2014 – the date when Russian President Vladimir Putin signed the federal laws incorporating Crimea into the Russian Federation.

The arbitrators have held that the BIT protections can be invoked by the claimants at hand in relation to alleged mistreatment of their respective investments in banking enterprises and a commercial airport in Crimea.

The arbitrators have sidestepped the thorny question as to the lawfulness of the Russian occupation and annexation of Crimea, instead zeroing in on the effectiveness of the occupation and the consequent finding that Russia should be liable for protection of Ukrainian investors in that territory.

Ukraine had intervened as a non-disputing party in the arbitration and presented its own arguments, including ones which portrayed the occupation as unlawful, but ultimately effective, such that Russia should subsequently bear the responsibility of protecting Ukrainian investors under the BIT.

<sup>53</sup> On 21 March 2014, President Vladimir Putin signed the federal law on the ratification of the treaty on joining Crimea and Sevastopol to Russia and a federal constitutional law on the procedure for their adherence to Russia and the transitional period of their integration as new subjects of the Federation.

However, the tribunal had elected to reserve the consideration of other jurisdictional questions, including the existence of treaty-protected investments, for the merits phase of the proceeding. These remaining jurisdictional questions, as well as the liability issues have been resolved in still-unpublished awards rendered by the tribunals on 4 February 2019 [Peterson:2019].

Separate proceedings to assess the quantum of the damages to be reimbursed by Russia to the claimants will be held in each case. In the Privatbank case, the claimants are seeking in excess of \$1 billion for loss of their Crimean banking operations.

#### 4. Lugzor & Others v. Russia.

In this case, there are five claimants: 4 Ukrainian limited liability companies (Lugzor, Libset, Ukrinterinvest, and Aberon Ltd) and a DniproAzot, a public joint stock company.<sup>54</sup> The case was initiated in 2015 by a group of Ukrainian investors over the alleged expropriation of the claimants' real estate assets located in Crimea.

The claimants are represented by a team comprising Fieldfisher LLP, and barristers Zachary Douglas and Luis González García of Matrix Chambers. Russia relies on counsel by the Geneva office of Schellenberg Wittmer (a Swiss law firm), and by Ivanyan & Partners in Moscow.

The case is being heard by a tribunal consisting of Donald McRae (president), Bruno Simma (claimants' appointee), and Eduardo Zuleta (appointed by the appointing authority – Andrés Rigo Sureda, for Russia, as Russia initially refused to participate in the proceedings). As in the other Crimea-related cases, Russia submitted letters in August and September 2015 stating that it did not recognise the tribunal's jurisdiction. The tribunal, as in the other cases, allowed written submissions from Ukraine.

The tribunal has upheld its jurisdiction over the dispute and found the claims admissible. The specialty of this case was this: having concluded the jurisdictional hearings in July 2017, in August 2017 the tribunal informed the parties that it intended to uphold its jurisdiction but would explain its reasons in a final award in which it would also address Russia's responsibility and any resulting compensation to the claimants.

The tribunal's upholding of its jurisdiction follows in the heels of similar rulings in other Crimea-related arbitrations. However, what is unique is the tribunal's decision to issue a single final award despite bifurcating the proceedings: in the other Crimea-related arbitrations, separate jurisdictional decisions have been issued.

In November 2017, the tribunal sent several questions on responsibility and quantum to the parties, but Russia declined to submit any answers.

However, on 5 April 2019, after the tribunal invited the respondent to make comments on the claimants' costs submissions, Russia suddenly changed its defense strategy, and decided to participate in the proceedings. While re-emphasizing its position that the tribunal lacked jurisdiction over the dispute, Russia stated that "[p]articipation has simply become a practical necessity because some recent tribunal decisions have gone awry on basic principles of public international law". As a consequence, the respondent asked the tribunal to organize a new jurisdictional phase in bifurcated proceedings.

On 7 June 2019, the tribunal issued its procedural order No. 6, noting that Russia's application was submitted at a very late stage of the proceeding, when the tribunal was already preparing to render a final award. Nevertheless, the tribunal allowed Russia to make one "single, comprehensive submission on all issues of jurisdiction, admissibility, responsibility and quantum". According to a press release issued by the PCA on 28 November 2019, Russia made its comprehensive submission on 17 October 2019<sup>55</sup>.

An untrivial move was the claimants' application for a security for costs. That application was prompted by Russia's belated (April 2019) decision to participate in the proceeding, and its desire to present comprehensive legal arguments after the tribunal had already concluded its merits and damages phase and requested costs submissions in the case. The claimants protested that Russia should post security that might defray against the claimants' legal costs arising from this new phase. In two letters submitted in July and August 2019, the claimants asked the tribunal to order that Russia shall bear all costs incurred by the claimants in relation to the respondent's comprehensive submission, and they requested that Russia post security for costs equal to €200,000.

<sup>54</sup> See: IA Reporter: limited liability company Lugzor v Russian Federation. URL: <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/limited-liability-company-lugzor-v-russia/> (accessed 01.12.2020).

<sup>55</sup> See: PCA press release: "Arbitration between limited liability company Lugzor and four others as claimants and the Russian Federation as respondent" dated 28 November 2019, URL: <https://pcacases.com/web/sendAttach/5688> (accessed 01.12.2020).



However, on 30 August 2019, the tribunal rejected the claimants' security for costs application in its procedural order No. 7 (which remains undisclosed though) [Bohmer:2019].

Finally, the tribunal decided to appoint its own quantum expert, who was allowed to make submissions during a June 2018 hearing. In January and February 2019, the claimants made their costs submissions [Bohmer:2019].

### 5. Naftogaz v. Russia.

The claim is being heard by Charles Poncet (appointed by the claimants), Maja Stanivukovic (appointed on behalf of Russia by the appointing authority) and Ian Binnie (chair), while the case is administered by the PCA.<sup>56</sup>

On 1 March 2019, Ukraine's state-owned oil & gas major Naftogaz has announced that it prevailed on the merits in an arbitration against the Russian Federation under the BIT.

According to the investor's press release<sup>57</sup>, the tribunal upheld jurisdiction over the case and found Russia liable for the expropriation of assets formerly owned by Naftogaz (and half-a-dozen related claimants) in Crimea. After that, the tribunal turned to the investor's claims for \$5 billion in damages. A dissenting opinion accompanies the award (apparently that of the arbitrator appointed on behalf of Russia), but its scope is unknown.

A visual aide included in the investor's recent press release describes the investment as including special permits for offshore exploration or for subsoil use in the Black Sea, gas pipelines, gas stocks and supply vessels and equipment.

As in other cases arising out of its seizure of the Crimean Peninsula, Russia did not appear before the tribunal and contested its jurisdiction merely in a letter sent to the tribunal at the outset of the case.

It remains to be seen if Russia will choose to challenge the award at the seat of arbitration, in the Netherlands (Russia's challenge to the jurisdiction of a Swiss-seated tribunal operating under the same BIT failed in November 2018).

Neither party has released the partial award yet.

Naftogaz (together with its co-claimants) has an-

nounced the sum of interest claimed against the Russian Federation. In a statement released on its website on 17 February 2020<sup>58</sup>, Naftogaz revealed that it had filed its reply memorial in the latest round of submissions on quantum, claiming a total of US\$8 billion (interest included), whereas the previously reported amount of the claim was \$5 billion (US).

Notably, the statement also reveals that, despite its previous refusal to take part in the PCA-administered arbitration, in December 2019 Russia has submitted a counter-memorial on quantum (claiming that the claimants were entitled to no damages). This is coherent with Russia's decision to take a more active role in a number of Crimea-related arbitrations in which the state previously refused to participate, as illustrated by Russia's recent security for cost application in *Lugzor v. Russia* (analysed above).

According to Naftogaz, the hearing on quantum should have been held in The Hague in May 2020, while the final award can be expected in mid-2021.

### 6. Oschadbank v. Russia.

On 26 November 2018, the tribunal comprised of David Williams (chair), Charles Brower and Hugo Perezcano-Diaz found Russia liable for the expropriation of the bank's assets and business in Crimea. Oschadbank was represented by Quinn Emanuel in the arbitration proceedings.<sup>59</sup>

Russia did not originally participate in this case, but has since then hired the law firm Foley Hoag to make a request for revision, which is based on the French Code of Civil Procedure (the arbitration was seated in Paris).

The Russian government is now seeking to revise an UNCITRAL award that ordered it to pay \$1.3 billion to a Ukrainian investor – one of Ukraine's largest banks for the expropriation of its banking business and assets in Crimea. In its application dated 19 August 2019, Russia claims that new evidence has surfaced that should lead the tribunal to revise its findings of jurisdiction over the Ukrainian investor's claims under the BIT.

Russia's application is based on alleged evidence that Oschadbank's investment was made before 1 January 1992, and thus was not covered by the 1998

<sup>56</sup> See: IA Reporter. *Naftogaz v Russian Federation*. URL: <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/naftogaz-v-russia/> (accessed 01.12.2020).

<sup>57</sup> See: Naftogaz Group press release. URL: <https://www.naftogaz.com/www/3/nakweben.nsf/0/90E8ACADAC9BA783C22583B0005C7E88?OpenDocument&year=2019&month=03&nt=News&> (accessed 01.12.2020).

<sup>58</sup> See: Naftogaz Group press release dated 17 February 2020, URL: <https://www.naftogaz.com/www/3/nakweben.nsf/0/22251098DBC9850C2258511002C1D94?OpenDocument&year=2020&month=02&nt=News&> (accessed 01.12.2020).

<sup>59</sup> See: IA Reporter. *Oschadbank v. Russian Federation*, URL: <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/oschadbank-v-russia/> (accessed 02.12.2020).

BIT's temporal scope. The BIT's Article 12, in the version used by the tribunal, provides: "This Agreement shall apply to all investments, made by the investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party as of 1 January 1992."<sup>60</sup>

According to Russia's submission, the BIT was meant to cover investments that postdate the dissolution of the Soviet Union in December 1991, and Oschadbank's Crimean branch was established before that date, as Oschadbank was part of the former Savings Bank of the Soviet Union. Russia's application relies on a statement in this sense made by Ukraine, which suggests that the investor's home state intervened in the arbitral proceedings.

This evidence only surfaced, Russia says, when it carried out a research in Kiev in support of set aside proceedings currently pending before the Paris Court of Appeal. Russia further contended that Oschadbank hid this evidence from the tribunal and thus committed procedural fraud, which should warrant a revocation ("rétractation" in French) of the award<sup>61</sup>. Russia asks the tribunal to issue a new award confirming its lack of jurisdiction over the case.

The tribunal's orders and awards in this case remain confidential.

### 7. *Stabil & Others v. Russia; Ukrnafta v. Russia.*

In total, at least five claims under the Ukraine-Russia BIT have been brought to arbitration by companies controlled by a Ukrainian oligarch, Igor Kolomoisky. *Stabil* case is one of them<sup>62</sup>. Mr. Kolomoisky served until recently as the governor of the Dnipro (former Dnepropetrovsk) province of Ukraine, and has been in the news frequently in relation to his backing of a private militia that was mobilized to defend parts of Eastern Ukraine's from Russian-backed forces and "rebels".

*Stabil's* and *Ukrnafta's* arbitrations relate to the nationalisation of the claimants' network of petrol stations and other associated assets (including con-

venience stores and equipment at the stations, associated permits and licences, and the companies' offices). The claimants allege that the nationalisation was a result of their association with Mr. Kolomoisky.<sup>63</sup>

The claimants are represented by Hughes Hubbard & Reed LLP. In both cases (*Stabil LLC and Others v. Russia*; *PJSC Ukrnafta v. Russia*), the claimants nominated former U.S. Government official Daniel M. Price as the arbitrator. Since Russia defaulted on appointing an arbitrator, the PCA designated Singapore-based arbitrator Michael Hwang as the appointing authority. In turn, Mr Hwang then appointed Brigitte Stern as Russia's arbitrator. Subsequently, Mr. Price and Ms. Stern agreed on Swiss arbitrator Gabrielle Kaufmann-Kohler as the chair of those both arbitral proceedings.

Both cases relate to the alleged expropriation of petrol stations throughout Crimea, following Russia's 2014 takeover of that territory. On 27 June 2017, two identically-constituted tribunals rendered interim awards dismissing all objections to jurisdiction in parallel proceedings brought under the BIT.

As in other Crime-related cases, Russia has refused to participate in the arbitration proceedings on these two cases, claiming that the investments at issue do not fall under the protection of the BIT. So far, this position has not found legal support in the decisions rendered by arbitral tribunals. Similarly, the arbitrators in both cases at hand held that protection under the BIT extends to Ukrainian investors in the Crimean Peninsula from the date when Russian President signed federal laws incorporating Crimea into the Russian Federation. Moreover, the two tribunals – whose rulings are essentially identical (apart from differences in the factual description of the two claims) – found no indication that the scope of the treaty was limited to investments that were made, from the beginning, in Russian territory.

The awards (which currently remain unpublished) follow closely in the footsteps of earlier

<sup>60</sup> An online translation of the BIT, available on the UNCTAD website, contains different language: "This Agreement shall apply to all investments carried out by the investors of one Contracting Party on the territory of the other Contracting Party, as of 1 January 1992." See: UNCTAD. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2233/download> (accessed 03.12.2020).

<sup>61</sup> Recently, a claimant successfully obtained such a *rétractation* under French law, in the case *Slim Ben Mokhtar Ghania v. Libya* (detailed information unavailable).

<sup>62</sup> The other cases are: *Igor Kolomoisky and Aeroport Belbek LLC v. Russia*, PCA Case No. 2015-07, URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/123/> (accessed 01.12.2020); *Privatbank and Finlon v. Russia*, PCA Case No. 2015-21, URL: <https://pca-cpa.org/en/news/pca-press-release-jsc-cb-privatbank-and-finance-company-finlon-llc-v-the-russian-federation/> (accessed 01.12.2020); *PJSC Ukrnafta v. Russia*, PCA Case No. 2015-34, URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/121/> (accessed 01.12.2020); and *Everest Estate LLC and others v. Russia*, PCA Case No. 2015-36, URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/133/> (accessed 01.12.2020).

<sup>63</sup> See: IA Reporter: *Stabil and others v Russian Federation*. URL: <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/stabil-and-others-v-russia/> and <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/ukrnafta-v-russia/> (accessed 01.12.2020).

Crimea-related rulings (e.g. in the Everest Estate v. Russia case) [Hepburn, Kabra:2017]. Like the Everest Estate and other Crimea-related cases, Russia declined to participate in the arbitrations, but submitted letters in August and September 2015 stating that it did not recognise the tribunal's jurisdiction. The letters were treated as stating Russia's jurisdictional objections.

The UNCITRAL-rules tribunal, as in the other cases, also allowed written submissions from Ukraine, but a request to make oral submissions was declined. The claimants were permitted to submit the February 2017 jurisdictional decisions in the Privatbank and Belbek cases and the April 2017 jurisdictional decision in the Everest Estate case.

Given the factual and legal commonalities between the two cases, the tribunal ruled in December 2015 that proceedings in the two cases would be coordinated to avoid duplication and unnecessary costs. Accordingly, jurisdictional hearings were held jointly in July 2016, and the claimants were allowed to file a single post-hearing brief for both cases.

In a brief preliminary analysis, the tribunal referred to problems created by Russia's non-appearance in the case. It noted that, despite Russia's absence, it nevertheless had a duty to satisfy itself that it had jurisdiction in the case. This could include application of the principle of *iura novit curia*, requiring the tribunal to apply the law on its own motion even without arguments from the parties (as long as due process considerations were still satisfied).

Furthermore, as in other cases where both Ms. Kaufmann-Kohler and Ms. Stern have sat together on the tribunal (such as Quiborax v. Bolivia<sup>64</sup>), the award includes a paragraph setting out Ms. Kaufmann-Kohler's view that tribunals should ordinarily follow consistent case-law precedents "absent contrary grounds" – and a dissenting footnote from Ms. Stern clarifying her own view that cases must instead be considered "independently of any apparent jurisprudential trend".

The claimants primarily argued that the BIT's territorial scope extends to the entire territory under a State's control. In the claimants' view, Russia's *de facto* control over Crimea entitled Ukrainian investors to seek the BIT's protection for their Crimean investments.

The arbitral awards on these two cases are of interest as they may set a precedent for subsequent

awards in similar cases, in particular in the following aspects:

- Effective control doctrine;
- Territorial application of the BIT (and eventually other international treaties) in the Russian-Ukrainian context;
- Relevance and significance of unilateral declarations;
- Application of the BIT *ratione temporis*; and
- Application of the BIT *ratione personae*.

#### ***Effective control doctrine.***

Noting the claimants' argument, the tribunal first declared that in its limited mandate of determining jurisdiction under the BIT, it was not required to comment on the legality of Russia's occupation of Crimea. Instead, the tribunal was satisfied that Russia had established effective control over Crimea through a combination of physical and legal acts, including by physically occupying Crimea in February 2014, by formally incorporating Crimea into Russia under federal laws enacted in March 2014 and by adopting a constitution for Crimea, and also by repeatedly emphasizing in domestic Russian legislations that Crimea was an integral part of its territory. The tribunal was also persuaded by Ukraine's own acknowledgment that Crimea was under Russia's occupation and effective control.

#### ***Territorial application of the BIT.***

Turning next to the territorial scope of the BIT, the tribunal engaged in a detailed interpretative exercise to conclude that the BIT's protection extended to the entire territory under Russia's effective control, whether lawfully occupied or not.

Applying the rules of interpretation under the VCLT, the tribunal first found that the ordinary meaning of the term "territory" was sufficiently broad to cover the entire territory under Russia's control. Several reasons supported this conclusion, the first being that English, Russian and Ukrainian legal dictionaries defined territory without reference to the principle of sovereignty.

Secondly, the tribunal noted that the BIT applied to all territory including the states' exclusive economic zones and continental shelves "defined in accordance with international law". In the tribunal's view, this latter phrase was used in the BIT only to decipher the extent of the two states' exclusive economic zones and continental shelves, but did not qualify the term "territory". The tribunal confirmed its con-

<sup>64</sup> Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2. URL: <https://www.italaw.com/cases/885> (accessed 01.12.2020).

clusion by noting that the phrase only appeared in investment treaties that Russia had concluded with states having maritime borders with Russia.

Thirdly, the tribunal noted that the two states had tied the definition of territory to sovereignty in other investment treaties, but had not done so in the Russia-Ukraine BIT. Declarations by both Russia and Ukraine that Crimea was part of Russian territory were also found relevant.

Additionally, the tribunal looked to the VCLT's Article 29, under which a treaty is presumed to apply to a state's "entire territory". Citing the Everest Estate and Belbek cases, the tribunal noted that "entire territory" under Article 29 was not limited to territory under a state's lawful occupation. Finding no evidence of a contrary intention in the Russia-Ukraine BIT, the tribunal declared that the BIT's territorial scope therefore extended to Crimea.

Focusing next on a contextual interpretation, the tribunal noted that other provisions of the BIT linked the meaning of territory to a state's ability to legislate in a particular area. Russia was the only state with the effective ability to legislate in Crimea and had, in fact, made extensive use of this prerogative, the tribunal said.

Approaching the issue teleologically (similar to the Everest Estate case), the tribunal next stated that the BITs two-fold object and purpose – to enhance economic operation and to safeguard foreign investments – did not permit a restrictive interpretation of the BIT which "would exclude investments that ended up being located on a Contracting State's territory as the result of that State's territorial expansion". The tribunal reasoned that it would be incompatible with the BIT's purpose to "leave without protection foreign investments on a territory over which a State exercises exclusive control [...] particularly in circumstances where that State is not only the main beneficiary-State of these investments but also the only State in a position to protect foreign investments".

The tribunal buttressed its conclusion by citing *Sanum v. Laos*<sup>65</sup> (on which Ms Stern also sat), in which an UNCITRAL tribunal similarly held that extending the China-Laos BIT to Macao was perfectly compatible with that BIT's object and purpose.

### ***Relevance and significance of unilateral declarations.***

Finally, turning to a good faith interpretation of the treaty, the tribunal stated that good faith prevented Russia from "blowing hot and cold": Russia could not claim territorial control over Crimea and simultaneously deny BIT protection to Ukrainian investments there. Such an approach would be contrary to the good faith principle of consistency, the tribunal said. Drawing support from the International Law Commission's 2006 Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States,<sup>66</sup> as well as the Nuclear Tests case of the ICJ,<sup>67</sup> the tribunal held that Russia's repeated unilateral public declarations that Crimea is part of its territory gave rise to legal obligations which could be relied upon by third parties.

### ***Application of the BIT *ratione temporis*.***

In its letters, Russia appeared to object to the tribunal's jurisdiction because the claimants' investments were made in Crimea before it became part of Russian territory.

As a preliminary matter, the tribunal held that the claimants had met the only temporal condition in the BIT's Article 12 – their investments were made after 1 January 1992 (the date of dissolution of the Soviet Union).

Engaging with Russia's objection, the tribunal declared that the BIT imposed no requirement that an investment be made in the territory of the other State *ab initio*. For the tribunal, a combined reading of Article 12 and the definitions of "investment" and "territory" in Article 1 of the BIT suggested this conclusion.

Firstly, the tribunal referred back to its conclusion that Russia's territory under the BIT encompassed Crimea and that Ukrainian investments in Crimea were to be protected by Russia under the BIT from the date of Russia's incorporation of Crimea into its territory.

Secondly, the tribunal concluded that the definition of investment set a *geographical* and not a temporal limitation on the making of an investment. To support this conclusion, the tribunal pointed to certain requirements in the definition of investment, such as the duty to comply with host state legislation. The tribunal reasoned that the legality of an invest-

<sup>65</sup> *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13. URL: <https://www.italaw.com/cases/2050> (accessed 04.12.2020).

<sup>66</sup> UN General Assembly International Law Commission: Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto, adopted in 2006. URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_9\\_2006.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_9_2006.pdf) (accessed 04.12.2020).

<sup>67</sup> International Court of Justice: Case of Nuclear Tests (Australia v. France), Judgement dated 20 December 1974. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/58/judgments> (accessed 30.11.2020).



ment could only be tested under a host state law if the state exercised control over the area in which the investment was made.

***Application of the BIT *ratione personae*.***

The next issue was the question of personal jurisdiction over the claimants. The tribunal held that it had to determine two questions: whether the claimants were “competent” to make the investments, as required by the BIT; and the time at which this competence must be assessed.

On the first question, the tribunal held that competence was tantamount to having legal capacity under the laws of the home state. This was swiftly held satisfied under Ukrainian law.

Turning then to the question of timing, the tribunal mused that in light of the situation’s specificity, competence could be determined at one of two times – at the time of making the investment, or at the time of Crimea’s incorporation into Russia.

However, the tribunal side-stepped a ruling on this question, holding instead that the claimants were competent to make the investments at both times. Additionally, the tribunal also held that sanctions imposed on Russia had no bearing on this question, as they were imposed after (and not on the date when) Russia took control of Crimea.

The final issue before the tribunal was whether the investments had been lawfully made. Reverting to the question of timing, the tribunal first asked whether legality should be assessed at the time when the investment was initially made (i.e. under Ukrainian law) or when Russia took control of Crimea (i.e. under Russian law).

To the tribunal, the relevant time for assessing legality was the date on which the investment came under the treaty’s protection. The tribunal found this date to be 21 March 2014, when the federal laws incorporating Crimea into Russia were signed by the Russian president.

Following this conclusion, the tribunal confirmed that the investments were lawfully made under Russian law, holding that Ukrainian investments could continue operations under transitional laws, that the requirement to re-register as a Russian company after the transition period did not affect rights during the transition period, and that the investments

qualified as foreign investments within the meaning of pre-existing Russian laws.

Thus, the tribunal therefore upheld jurisdiction in the two cases, which will now continue to the merits phase. No costs order was made at this phase of the proceedings.

***Russia’s efforts to set aside the awards on jurisdiction.***

Although Russia has not participated in these arbitral proceedings, it has since moved to set aside the awards at the seat of arbitration in Switzerland. In so doing, Russia also asked the Swiss court to stay the ongoing arbitral proceedings – which are slated to see hearings on the merits in February of 2018.

The Swiss Federal Tribunal<sup>68</sup> has first decided a cross-application by the investors seeking a security for costs order from the Russian Federation. In its ruling handed down on 23 November 2017, the Swiss court decided on the investor’s demand that Russia post a guarantee to cover any damages or costs accruing because of the set aside proceedings. The Federal Tribunal ultimately dismissed that request, after finding that Russia could rely on The Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure that shields nationals of state parties from such requests in the courts of other state parties (both Russia and Switzerland are state parties)<sup>69</sup>. The Federal Tribunal also declined Russia’s request for provisional measures suspending the arbitral proceedings.

On 16 October 2018, the Swiss Federal Tribunal declined Russia’s request to annul both awards on jurisdiction rendered of the arbitral tribunal in both cases. Notably, the Federal Tribunal considered that the territorial scope of the BIT was “dynamic”, and that the relevant territory did not have to be Russian at the time of the investment, but only at the time of the alleged breach of the BIT. Hence, the Federal Tribunal refused to set aside the two jurisdictional awards, and it ordered the Russian Federation to bear the costs of the proceedings, as well as the investors’ expenses.

In its decisions, the Federal Tribunal also rejected Russia’s petition to consolidate the two cases, considering that the parties to the two disputes were different, and that the tribunal had rendered two different awards on jurisdiction. However, the reasoning of

<sup>68</sup> According to Swiss procedural law, applications to set aside an arbitral award rendered in Switzerland shall be considered by the Swiss supreme court – the Federal Tribunal. This guarantees consistency and uniformity of application and interpretation of the local court practice dealing with such applications. Article 389 of the Code of Civil Procedure of Switzerland. URL: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20061121/index.html> (accessed 01.12.2020).

<sup>69</sup> Swiss federal tribunal, case No. 4A\_396/2017, resolution dated 23 November 2017. URL: [https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F23-11-2017-4A\\_396-2017&lang=fr&zoom=&type=show\\_document](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F23-11-2017-4A_396-2017&lang=fr&zoom=&type=show_document) (accessed 01.12.2020).

the Federal Tribunal is identical in the two cases, except for the summary of the facts and ruling on costs.

Before turning to Russia's jurisdictional arguments, the Federal Tribunal outlined the scope of its review of the awards under the Federal Statute on Private International Law (PILA). According to the court, an award on jurisdiction is a "preliminary award" in the sense of PILA article 190(1)(3), and can therefore only be set aside under specific circumstances (in particular, when the arbitral tribunal wrongly accepted jurisdiction over the dispute). Article 190(1)(2)(b) of PILA states that an arbitral award may be annulled "if the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction".

The Federal Tribunal added that it could only consider arguments advanced by the petitioner (i.e. Russia), and that it could not review any factual determinations made by the arbitral tribunal. In particular, the Federal Tribunal reasoned that it could not consider any factual arguments that had not previously been submitted to the arbitral tribunal.

As a consequence, the Swiss court considered that two factual arguments submitted by Russia which had not been raised in the arbitration proceedings were outside the scope of its analysis:

(i) that Russia and Ukraine agreed that the BIT was not applicable to Crimea or to the city of Sevastopol and

(ii) that Ukraine had no intention to offer protection under the BIT to Russian investors originating from Crimea.

Russia first argued that the territorial scope of the BIT only encompassed the territory of the two parties to the BIT at the time when the treaty was concluded (in 1998). Since Crimea and Sevastopol were part of Ukraine at that time, the territorial scope of the BIT did not extend to Crimea as a Russian territory.

The Federal Tribunal rejected this argument. In particular, the Swiss court agreed with the arbitral tribunal's approach, interpreting the BIT in light of general rules of public international law. Thus, the arbitral tribunal could validly find that Article 29 VCLT indicated a "dynamic" approach to the territorial application of the BIT, and conclude that the BIT applied to a territory acquired by Russia after the treaty was concluded.

The Swiss court added that Russia failed to submit any convincing argument supporting its "static" interpretation of the territorial scope of the BIT. The Federal Tribunal also rejected Russia's argument that the parties to the BIT should have concluded a special agreement regarding the application of the BIT

to Crimea when the peninsula was annexed by Russia in March 2014.

The Swiss court dedicated a major part of its analysis to Russia's second jurisdictional objection. Russia argued that the claimants' assets in Crimea did not fulfill the definition set out in the BIT since article 1(1) of the BIT defined 'investments' as "assets [which are] invested by an investor of one Contracting Party *in the territory* of the other Contracting Party". In particular, Russia submitted that the arbitral tribunal failed to consider the "temporal" and the "spatial" elements of the term 'investment'.

The Federal Tribunal declined that argument as well. The Swiss court noted that the arbitral tribunal rightly applied Article 31 VCLT to the definition of the term 'investment' in the BIT.

The Swiss court first reasoned that the ordinary meaning of Article 1(1) of the BIT did not allow a conclusion that the BIT only protected Ukrainian investments originally made in Russian territory.

The court further found irrelevant Russia's reliance on the interpretation of the term 'investment' found in an (unidentified) arbitral award rendered under the Energy Charter Treaty (ECT), considering that there was no doctrine of precedent in international investment arbitration, and that different treaties confer different meanings to the term 'investment'.

The Federal Tribunal next turned to the context of article 1(1). According to the Swiss court, a comparison between article 1(1) of the BIT (referring to assets that are "invested" in the territory of the respondent State) and article 12 of the BIT (stating that the treaty shall apply to any investment "made [...] in the territory of the other Contracting state on or after 1 January 1992") led to the conclusion that article 1(1) did not contain any temporal restriction.

The Federal Tribunal added that Russia's argument reflected an outdated conception of investments as simple cross-border transactions, and which was in contradiction to the broad definition of the term 'investment' in article 1 of the BIT.

The Swiss court also considered that the object and purpose of the BIT was to promote and protect investments, and rejected Russia's argument that a "good faith" interpretation of the BIT should lead to the denial of treaty protection to investments made by Ukrainian nationals in Crimea before the annexation. To the contrary, according to the Swiss court, Russia's interpretation of the BIT would lead to a territorial and temporal restriction of the scope of the treaty brought about by the respondent State, which would contradict the principle of good faith as well as the object and purpose of the BIT.

The Federal Tribunal concluded that the claimants' assets were 'investments' in the sense of the BIT despite the fact that Crimea was a Ukrainian territory at the time of the investment.

Finally, Russia also contested the jurisdiction of the arbitral tribunal on the basis that the claimants were not 'investors' in the sense of the BIT.

The Swiss court noted that Russia did not challenge the claimants' link with Ukraine, but based its argument only on the allegation that the claimants never made a protected investment in Russia. Considering that it had already found that the claimants had made a protected investment, the Federal Tribunal rejected Russia's third argument.

Noting that Russia's request had been rejected in its entirety, the Federal Tribunal ordered Russia to pay the costs of the court proceedings in the amount of 110,000 Swiss Francs in the case of Stabil LLC and Others, and in the amount of 115,000 Swiss Francs in the case of PJSC Ukrnafta.

The court also ordered Russia to pay compensation for the proceedings in the amount of 160,000 Swiss Francs to Stabil LLC and Others, and compensation in the amount of 165,000 Swiss Francs to PJSC Ukrnafta.

#### ***Outcome of the arbitration cases.***

As to the merits of the case, while neither final award has been released, Ukrnafta has confirmed certain details in a public statement<sup>70</sup>. (The Stabil case had broadly the same outcome.) In both cases, the unanimous tribunal held Russia liable for an expropriation under Article 5 of the BIT. In so doing, the tribunal saw no need to rule on other claims for treaty breach made by the respective claimants.

In the Ukranafta case, the claimant was awarded some \$44.4 million (US), as well as \$5.5 million in accrued interest to date, and a further \$3.5 million in costs.

In the Stabil case, the claimants were awarded \$34.5 million in base compensation, and then a similar total sum for interest and costs.

Thus, Russia's liability arising out of the two cases approaches \$100 million (US).

#### ***Attempts to set aside the awards on the merits.***

On 16 December 2019, in two recent decisions, the Swiss Federal Tribunal found that Russia could not raise corruption allegations to set aside the final awards in both cases – Stabil & Others and Ukrnafta – since those allegations had not previously been submitted to the arbitral tribunal. The Federal Tribunal

also rejected Russia's argument that the dispute concerned the status of the Crimea peninsula, which was not arbitrable.

This time, the Federal Tribunal was composed of judges Christina Kiss, Fabienne Hohl, and Martha Niquille, who also sat on the tribunal which rendered the October 2018 decisions. However, the two other judges who sat on the October 2018 tribunal, Kathrin Klett and Marie-Chantal May Canellas, were not involved. (Ms. Klett dissented from the tribunal's October 2018 decisions.)

In the Swiss proceedings, the Ukrainian companies were represented by Lalive. Russia relied on counsel by Schellenberg Wittmer.

Russia argued that the 2019 merits awards must be set aside for two reasons:

- Igor Kolomoisky, a beneficial owner of the Ukrainian claimant companies, had allegedly acquired his wealth through fraudulent schemes and corruption, and that this warranted the annulment of the award; and
- the awards must be annulled since the dispute related to the status of the Crimean Peninsula and was therefore not arbitrable before an investor-state tribunal, as Article 13 of the BIT reserved such matters for the contracting states.

Regarding the respondent's first argument, the Federal Tribunal first set out a number of principles under the Swiss arbitration law. In particular, the court stressed that the set-aside procedure must be distinguished from an appeal, that the Federal Tribunal did not have the power to review any factual determinations made by the arbitral tribunal, that the applicant was not allowed to substantially supplement its challenge in its reply, and that the applicant must rely on grounds for annulment which were explicitly mentioned in Article 190(2) of PILA.

The court reasoned that Russia disregarded these principles when it sought to rely on a number of belatedly-submitted documents in order to support its contention that Mr. Kolomoisky had allegedly been involved in acts of corruption and fraud.

In addition, the Federal Tribunal stressed that Russia refused to participate in the arbitral proceedings, and that it therefore deliberately chose not to raise these allegations before the arbitral tribunal. As in other Crimea-related proceedings, Russia refused to participate in these two arbitration proceedings. However, more recently, Russia opted for a different strategy, as it belatedly decided to participate in an-

<sup>70</sup> See: Ukrnafta press release dated 16 April 2019. URL: <https://www.ukrnafta.com/en/ukrnafta-defeats-russian-federation-in-an-international-arbitration-tribunal> (accessed 01.12.2020).

other Crimea-related arbitration (e.g. *Lugzor & Others v. Russia*).

Thus, the Federal Tribunal concluded that Russia's allegations could not be heard for the first time in these set-aside proceedings. Russia's further argument that the award violated Swiss public policy because of Mr. Kolomoisky's alleged wrongdoing was therefore also unfounded, the judges held.

Turning to Russia's second argument, the Federal Tribunal reasoned that the dispute did not concern the status of Crimea under the BIT, but merely the Ukrainian companies' claims for damages. Thus, according to the Swiss court, the claims were "of financial interest" and therefore, according to PILA Article 177(1), could be submitted to arbitration.

The Federal Tribunal added that, in reality, Russia was once again contesting the findings of the 2017 jurisdictional awards, which had already been upheld by the Swiss court in its October 2018 decisions. Thus, the Federal Tribunal declined to examine this question anew, merely pointing out again that the arbitral tribunal could validly decide that, as of 2014, Crimea was part of Russia's territory for the purpose of the BIT's temporal application.

Noting that Russia had not prevailed in its set-aside applications, the Federal Tribunal reckoned that it must bear the costs of the two set-aside proceedings (amounting to CHF 190,000 total), and also compensate the Ukrainian companies for their legal costs (CHF 285,000 total).

### 8. *Ukrenergo v. Russia*.

As compared to the cases described in the previous section, little is publicly known about the case at hand.<sup>71</sup> On 27 August 2019, Ukrenergo, an Ukrainian state-owned energy company, commenced

an arbitration against Russia under the BIT [*Hepburn*:2019]. The company is seeking compensation for the alleged seizure by Russia of its trunk power grids in Crimea and Russia's alleged failure to grant "full-fledged and unconditional legal safeguards" in accordance with the BIT.

Ukrenergo has recently revealed that an arbitral tribunal is in place to hear its claims against the Russian Federation under UNCITRAL Arbitration Rules. In its press release dated 31 July 2020<sup>72</sup>, the claimant disclosed that the tribunal is composed of American arbitrator Brian King (claimant's nominee), Gabriel Bottini (respondent's nominee) and Lawrence Collins (chair).

The claimant also revealed that the tribunal rejected Russia's request for leave to apply for a bifurcation of the proceedings at this stage. The tribunal will decide on the procedural calendar (including on the bifurcation of the proceedings) once the claimant files its statement of claim.

Ukrenergo is relying on counsel from Lalive. Russia is represented by Ivanyan & Partners.

### Conclusion

Like in the *Arctic Sunrise* arbitration, Russia initially decided not to participate in the arbitration proceedings instituted by Ukrainian investors in connection with taking of property in Crimea. This is not the first time our home country did so: another notorious example is the *Lena Goldfields* arbitration in 1930s.<sup>73</sup> There was only one reason for Russia's non-participation in those international investment arbitration proceedings related to Crimea: Russia's fear that the arbitral tribunals will assess whether, under international law, the taking over of Crimea is

<sup>71</sup> See: IA Reporter: *Ukrenergo v. Russian Federation*. URL: <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/ukrenergo-v-russia/> (accessed 01.12.2020).

<sup>72</sup> See: Ukrenergo press release dated 31 July 2020. URL: <https://ua.energy/21688-78/international-arbitral-tribunal-starts-proceedings-on-the-loss-of-ukrenergo-s-assets-in-crimea/> (accessed 01.12.2020).

<sup>73</sup> Arthur Nussbaum, *Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government*, 36 Cornell L. Rev. 31 (1950) Available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol36/iss1/2> (accessed 01.12.2020). In the *Lena Goldfields* case, the Soviet Government, in its answer of 25 February 1930, agreed without qualification to the submission of the claims to arbitration, itself setting forth further issues by way of defense and counterclaim. Moreover, the Soviet Government appointed Dr. Chlenow as its arbitrator, agreed upon Professor Stutzer as the chairman, and requested him to fix the hearing for 9 May 1930. These measures of the Government amounted to a binding, that is, irrevocable, admission of the tribunal's competence over Lena's claims made known to the Government. However, later on, the Soviet Government not only failed to appear at the hearing, but also prevented an arbitrator it had initially appointed – Dr Semyon Borisovich Chlenow (1890 – shot on 3 June 1937) – to participate in the arbitration proceedings. Dr Chlenow was Chief Legal Adviser under the People's Commissariat for Foreign Trade and a Professor of International Law. He has been arrested in August 1936 on charges of counter-revolutionary terrorist activities. In March 1991 he was rehabilitated "for lack of corpus delicti". In 1919, Chlenow published a brochure (about 90 pages) called 'Московская охранка и её секретные сотрудники. По данным Комиссии по обеспечению нового строя'. The brochure contained lists of employees of the Guard Division (*okhranka*, kind of secret service) of the Tsarist Russia police.



lawful. Because the arbitral tribunals typically consist of the representatives of the Anglo-Saxon / European doctrines of international law which are 'hostile' to the Russian official doctrine (i.e. that the people of Crimea exercised its right to self-determination), such tribunals may well decide that the taking over of Crimea was contrary to Russia's obligations under international law.

Anyway, when deciding not to participate in the arbitration proceedings, Russia placed itself in a very fine society: China did not participate in the *South China Sea* case (Philippines v. China; final award rendered on 12 July 2016), US refused to participate in the merits phase of the *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States*) case before ICJ; Israel has chosen not to participate in the proceedings before ICJ on the advisory opinion in the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* case. The problem with non-participating is that the respondent deprives himself of the opportunity to be heard by the tribunal. If the respondent raises objections at a later stage, this may be too late, as the arbitral tribunals rules in some of the 10 cases analysed above.

However, the arbitral tribunals elegantly bypassed the tricky question of whether or not the taking over of Crimea constitutes annexation and/or whether it was contrary to international law, by stating that this question is not arbitrable at all. Once Russia realized that this danger did not materialize, it started to not simply object, by submitting relatively concise letters to the arbitral tribunals, against the jurisdiction of those tribunals (as Russia did before), but also to use all possible endeavors to:

- challenge the jurisdiction of those tribunals;
- request the bifurcation of the proceedings;
- raise arguments on why the claim shall be dismissed on the merits;
- explain why the quantum shall be as low as possible;
- attack the awards in the course of set-aside proceedings;
- avoid enforcement of the awards, also using 'proxy wars' (e.g. enforcement of the arbitral award in the *Tatneft v. Ukraine* case).

At the first glance, these tactics is wise and efficient, but in a longer run they turn out not to be that wise and efficient at all. First, it would be fair to

compensate a nationalized / expropriated owner. So why shall the State spend so many efforts in trying to defend a non-defendable position? No information is available whether anyone conducted a cost/benefit analysis of engaging in lengthy arbitration proceedings which trigger high expenses for the State and the taxpayers. (The question is of course what is the adequate amount of compensation.) Second, such behaviour may threaten conservative foreign investors who may be willing to invest in our country, if no such investment arbitration cases were brought. In the light of overall negative publicity surrounding Russia's international relations, why should the State create, by its deliberate actions, an additional point of tension for years? Third, the findings of the arbitral tribunals in the Crimea-related cases may be dangerous also in the context of other disputes in which Russia is involved. For instance, based on the effective control doctrine, investors whose property was taken in so-called Donetsk and Luhansk People's Republics (on in other territories de facto controlled by Russia, such as – as ECHR found couple of times already – Abkhazia, South Ossetia, Transnistria) by the local authorities, may also sue Russia on the basis of BITs, although these territories are not part of Russia (yet).

As to Russia's position on confidentiality in international investment arbitration is expressed in its Statement on specific initiatives within the framework of UNCITRAL's Working Group III in relation to the reform of investment arbitration<sup>74</sup>. "10. Currently, participants in proceedings may select the procedural rules applicable to examination of the dispute, determine whether the proceedings will be **confidential** and whether they should include a disclosure phase, choose the language of the proceedings and determine the place and format of the arbitration".

However, we see contradiction in Russia's position in the Statement as compared to its behaviour in reality. In this Statement, the right to select arbitrators is protruded as a crucial advantage of the existing system of resolution of disputes between foreign investors and host states: "6. The direct involvement of the parties to a dispute in the selection of decision makers enables the parties to take into account many factors that are important to them. This ultimately determines the degree of confidence among parties to disputes, and among the wider public, in the arbi-

<sup>74</sup> See: Statement of the Russian Federation on specific initiatives within the framework of UNCITRAL in relation to the reform of investment arbitration dated 2019. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V20/001/55/PDF/V2000155.pdf?OpenElement> (accessed 01.12.2020).

tration mechanism for dispute resolution". However, as we can conclude from the analysis above, in the majority of Crimean cases, at least at the outset, Russia rarely used this opportunity and joined the proceedings after the tribunal had been formed.

Finally, as regards potential recognition and enforcement of anti-Russia arbitral awards in the Crimea-related (and other) cases, in July 2020, amendments to the Constitution were adopted. According to them, the Constitutional Court of the Russian Federation shall decide whether a decision of a foreign or international (interstate) court, a foreign or international arbitration court (arbitration) imposing obligations on the Russian Federation shall be executed, if such decision contradicts the foundations of public order of the Russian Federation (Article 125 para. 51). According to Article 79 (last sentence) of the new version of the Russian Constitution, decisions of interstate bodies adopted on the basis of the provisions of international trea-

ties to which Russia is a party, shall not be executed in Russia, if the interpretation of such provisions in such decisions is contrary to the Russian Constitution. Thus, the likelihood that Russia may voluntarily honour the arbitral awards rendered in the cases described above is very minor. Noteworthy, on 30 November 2020 the Russian Government asked the Constitutional Court to clarify the latter's resolution No. 8-P dated 27 March 2012 which deals with the provisional application of international treaties.<sup>75</sup> Sergey Glandin, commenting on this news, believes that this is a disguised request from the Government on the possibility of non-enforcement of the arbitral awards in the YUKOS case.<sup>76</sup>

As a final remark, we see two strategies which Russia may potentially choose. The first one is to denounce all international treaties which allow PCA to arbitrate the disputes. The second one is to actively join the proceeding from the date when it receives the notice for arbitration and to defend till the end.

## References

- Ando N. Permanent Court of Arbitration (PCA). – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. 2006. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e71>.
- Aust A. Vienna convention on the law of treaties (1969). – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. 2006. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e71>.
- Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford University Press. 2015. 808 p.
- Bohmer L. UNCITRAL tribunal rejects security for costs application prompted by Russia's belated decision to defend itself in under-the-radar Crimea case. – *Investment Arbitration Reporter*. 2019. URL: <https://www.iareporter.com/articles/uncitral-tribunal-rejects-security-for-costs-application-prompted-by-russias-belated-decision-to-defend-itself-in-under-the-radar-crimea-case/>.
- Feria-Tinta M. The South China Sea case: Chess Arbitration? – *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*. 2016. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-south-china-sea-case-chess-arbitration/>.
- Hamid L. Ilaşcu: From Contested Precedent to Well-Established Case-Law. – *Strasbourg Observers*. 2019. URL: <https://strasbourgobservers.com/2019/10/31/ilascu-from-contested-precedent-to-well-established-case-law/>.
- Hepburn J. Investigation: full jurisdictional reasoning comes to light in Crimea-related BIT arbitration vs. Russia. – *Investment Arbitration Reporter*. 2017. URL: <https://www.iareporter.com/articles/full-jurisdictional-reasoning-comes-to-light-in-crimea-related-arbitration-ever-est-estate-v-russia/>.
- Hepburn J. Ukrainian energy firm Ukrenerg is latest to file a Crimea-related arbitration claim against Russia. – *Investment Arbitration Reporter*. 2019. URL: <https://www.iareporter.com/articles/ukrainian-energy-firm-ukrenerg-is-latest-to-file-a-crimea-related-arbitration-claim-against-russia/>.
- Hepburn J., Kabra R. Investigation: further Russia investment treaty decisions uncovered, offering broader window into arbitrators' approaches to Crimea controversy. – *Investment Arbitration Reporter*. 2017. URL: <https://www.iareporter.com/articles/investigation-further-russia-investment-treaty-decisions-uncovered-offering-broader-window-into-arbitrators-approaches-to-crimea-controversy/>.
- Neumann T., Peters A. Transparency. – *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. 2019. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2226.013.2226/law-mpeipro-e2226?rkey=j7ll7s&resul=1&prd=OPIL>.
- Peterson L.E. In jurisdiction ruling, arbitrators rule that Russia is obliged under bit to protect Ukrainian investors in Crimea following annexation. – *Investment Arbitration Reporter*. 2017. URL: <https://www.iareporter.com/articles/in-jurisdiction-ruling-arbitrators-rule-that-russia-is-obliged-under-bit-to-protect-ukrainian-investors-in-crimea-following-annexation/>.
- Peterson L.E. Russia held liable for expropriation of bank operations in billion dollar arbitration, as well as of airport. – *Investment Arbitration Reporter*. 2019. URL: <https://www.iareporter.com/articles/russia-held-labile-for-expropriation-of-bank-operations-in-billion-dollar-arbitration-as-well-as-of-airport/>.

<sup>75</sup> URL: <http://www.ksrf.ru/ru/Sessions/Plan/Pages/default.aspx>.

<sup>76</sup> URL: <https://openmedia.io/news/n3/gaage-otvetit-zorkin-pravitelstvo-mozhet-poluchit-v-ks-indulgenciyu-na-otkaz-platit-yukosu-50-mlrd/> (accessed 04.12.2020).

**About the Authors**

**Ilia V. Rachkov,**

Associate Professor at the Department of International Law, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO-University) MFA Russia

76, prospect Vernadskogo, Moscow, Russian Federation, 119454

ilia.rachkov@gmail.com

ORCID: 0000-0001-9738-8264

**Elizaveta I. Rachkova,**

Master student of the Programme "Law of international trade, finance and economic integration", bachelor of law

National Research University "Higher School of Economics"

20, ul. Myasnitskaya, Moscow, Russian Federation, 101000

erachkova@edu.hse.ru

ORCID: 0000-0002-5348-9853

**Информация об авторах**

**Илья Витальевич Рачков,**

к.ю.н., доцент кафедры международного права Московского государственного института международных отношений (Университет) МИД России

119454, Российская Федерация, Москва, проспект Вернадского, д. 76

ilia.rachkov@gmail.com

ORCID: 0000-0001-9738-8264

**Елизавета Ильинична Рачкова,**

Магистрант программы «Право международной торговли, финансов и экономической интеграции», бакалавр права

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

101000, Российская Федерация, Москва, Ул. Мясницкая, д.20

erachkova@edu.hse.ru

ORCID: 0000-0002-5348-9853