



Russian Journal of Comparative Law

Has been issued since 2014. ISSN 2411-7994, E-ISSN 2413-7618
2015. Vol.(6). Is. 4. Issued 4 times a year

EDITORIAL STAFF

Biriukov Pavel – Voronezh State University, Voronezh, Russian Federation (Editor in Chief)

Ivantsov Vladimir – Sochi State University, Sochi, Russian Federation

Mamadaliev Anvar – International Network Center for Fundamental and Applied Research, Sochi, Russian Federation

EDITORIAL BOARD

Katorin Yurii – Admiral Makarov State University of Maritime and Inland Shipping, Saint-Petersburg, Russian Federation

Sarychev Gennadii – Moscow Department of the Russian Ministry of Interior, Moscow, Russian Federation

Menjkovsky Vaycheslav – University of Belarusian State, Minsk, Belarus

Šmigel' Michal – Matej Bel University, Banská Bystrica, Slovakia

Journal is indexed by: **OAJI, MIAR, ROAD, E-library, Scilit**

All manuscripts are peer reviewed by experts in the respective field. Authors of the manuscripts bear responsibility for their content, credibility and reliability.

Editorial board doesn't expect the manuscripts' authors to always agree with its opinion.

Postal Address: 26/2 Konstitucii, Office 6
354000 Sochi, Russian Federation

Passed for printing 20.12.15.
Format 21 × 29,7/4.

Website: <http://ejournal41.com/>
E-mail: sochio03@rambler.ru

Headset Georgia.
Ych. Izd. l. 4,5. Ysl. pech. l. 4,2.

Founder and Editor: Academic Publishing
House *Researcher*

Order № RJCL-6.

© Russian Journal of Comparative Law, 2015

Russian Journal of Comparative Law

2015

Is.

4

индивидуальными особенностями развития системы правового регулирования ответственности за вред, причиненный недостатками товаров, работ и услуг, в пределах одного исторического периода был выработан особый подход в регулировании вопросов ответственности за качество фармацевтической продукции.

Причиной тому послужили особенности природы данной группы товаров, а также особенности поступления товара к конечному потребителю. Данные особенности проявляются в том, что некоторые препараты поступают к потребителю в процессе свободной продажи, а ряд из них проходят «рецептурный» этап. Для данной группы товаров в англо-саксонской правовой системе было выработано правило «информированного посредника» (*Leaned intermediary rule*).

Материалы и методы

Статья подготовлена на основе анализа нормативно-правовых актов стран Англии и США, научной литературы. В процессе исследования применялась совокупность общенаучных (анализ и синтез, логический, и др.) и частно-научных (системного анализа, сравнительно-правового и др.) методов теоретического исследования.

Обсуждение

Теория «информированного посредника» освобождает производителя от ответственности, но при этом выделяет особого субъекта ответственности — информированного посредника о возможных вредоносных качествах товаров. Так, при рассмотрении дела *Holmes v. Ashford* [1, Р. 62] суд не нашел оснований для возложения ответственности на производителя продукции. Компания *Ashford* являлась производителем краски для волос. К каждой единице товара имелась инструкция о порядке её применения, в которой содержалась информация о том, что данная краска не подходит для всех типов волос. Перед применением потребитель обязан был проверить возможность использования данной краски для его типа волос. Указанная краска была использована парикмахером для покраски волос гражданки Н. без предварительной проверки. В результате у гражданки Н. возникла аллергическая реакция кожи головы. Суд решил, что компания *Ashford* не является ответственной перед гражданкой Н. Как указано в решении, компания *Ashford*, зная о возможных негативных последствиях использования её продукта для определенных типов волос, представила всю необходимую информацию в качестве приложения к товару, тем самым исполнив свои обязательства, основанные на теории небрежности. Суд указал: «Ответственным перед истцом является парикмахер, который, оказывая услугу по покраске волос, должен был ознакомиться с инструкцией по ее применению и перед использованием краски проверить соответствие типа волос гражданки Н. с теми, для которых применение этой краски является опасным». Таким образом, суд применил для определения ответственного лица теорию «информированного посредника». В данном случае парикмахер, обладая информацией о противопоказаниях и пренебрегая ими в процессе своей деятельности, тем самым принимает на себя обязанности по компенсации вреда, причиненного здоровью клиента. Иными словами, теория «информированного посредника» изменяет субъектный состав ответственных лиц, перекладывая ответственность на третье лицо в рамках все той же теории небрежности.

Теория «информированного посредника» получила широкое распространение и в праве США, в делах по компенсации вреда, причиненного здоровью пациента в результате применения рецептурных лекарственных средств. Применение данной теории не всегда является безоговорочным. При рассмотрении некоторых споров суды, несмотря на выработанный подход, снова ставили вопрос о том, снимается ли ответственность с производителя за причинение вреда жизни и здоровью потребителю товара на основе теории «информированного посредника».

Большинство юристов Англии и США склоняются к тому, что производитель лекарственных средств не несет ответственность перед потребителем лишь в том случае, если данные лекарственные средства могут быть доступны потребителю только по рецепту врача [1, Р. 62]. Соответственно, концентрация внимания с производителя продукции переходит на врача, на его профессиональную обязанность по оценке воздействия предписываемых лекарств на организм пациента. Вышеизложенное требование,

предъявляемое к медицинским работникам, закреплено в Medicines Act [10], принятого в Англии в 1968 году, регулирующем вопрос ответственности за медицинскую продукцию, и в Правилах торговли фармацевтической продукцией 1976 года (The Medicines (Labelling) Regulation) [11], в которых утверждаются стандарты о порядке нанесения соответствующей предупреждающей информации.

Контейнер с медицинскими препаратами должен содержать маркировку с информацией о способах применения лекарственных средств и иную предупреждающую информацию на основании специализированного требования врача. Данное правило обеспечивает реализацию общего подхода о необходимости информирования потребителя о возможных негативных последствиях использования товара либо в рамках общей информации, содержащейся на упаковке, либо информации, которая должна предоставляться уполномоченным лицом, через которого товары поступают к потребителю — врачом в отношении лекарственных средств, выписываемых по его рецепту. Нормы права, закрепленные в данных актах, являются специальными и обеспечивают реализацию общих положений об ответственности производителей за вред, причиненный потребителям некачественных товаров, работ и услуг, закрепленных в Consumer Protection Act [12]. В соответствии с п. 3 (2) (A) Consumer Protection Act выявленные дефекты продукции накладывают на производителя обязанности по предупреждению потребителей относительно того, как его можно использовать либо от каких форм его использования следует воздержаться. Нарушение данной обязанности налагает на производителя ответственность за вред, причиненный жизни и здоровью, возникший по причине наличия дефектов в товаре.

Среди представленного многообразия источников регулирования деликтной ответственности производителей некачественной продукции в США одним из значимых регуляторов является Свод деликтного права США (Restatement of Torts) [2]. В соответствии п. А § 402 данного свода (второй редакции), лицо, занимающееся продажей продукта, содержащего дефекты, представляющие скрытую угрозу для потребителя, является ответственным за причинение физического вреда конечному пользователю или потребителю если:

а) продавец осуществляет предпринимательскую деятельность, связанную с продажей продукта,

б) данный вред очевидно будет причинен потребителю либо конечному пользователю без изменения качества и содержания продукта, которые присутствовали в продукте на момент его продажи [3, Р. 226].

Еще более определенно по этому поводу указано в § 1 раздела 1 свода деликтного права США: «Любое лицо, участвующее в продаже либо распространении товаров, то есть продавец или дистрибьютор несет ответственность за личный либо имущественный вред, причиненный некачественным товаром».

По мнению ряда авторов, данная норма исключает ответственность производителя только за непредвидимые недостатки товара. К таким, по их мнению, относятся продукты, которые на определенный момент времени с учетом уровня знаний об их свойствах не в состоянии быть признаны безопасными в соответствии с их предназначением и обычным порядком использования [4, Р. 417]. Продукты, надлежащим образом изготовленные, с приложением инструкции по использованию, а также с информацией о возможных неблагоприятных последствиях его использования, не считаются содержащими дефект, поскольку представляют неочевидную опасность потребителю. Это формирует представление о том, что производитель таких продуктов будет нести безвиновную ответственность только в случае нарушения обязанности по предоставлению информации о возможных неблагоприятных последствиях потребления продукта. В юридической науке США дискуссионным был вопрос о том, является ли производитель ответственным за вред, причиненный произведенным им продуктом с дефектом, который был неизвестен с учетом существующего на момент его производства уровня науки и техники. Судебная практика большинства судов США основывалась на привлечении производителей к ответственности за недостатки товаров в случае, если они не сообщали потребителям необходимую информацию о недостатках, о которых они знали или должны были знать, но не за те недостатки, которые не являлись очевидными. Так, в 1982 году по делу *Beshada v Johns-*

Manville Product Corporation [5, P. 790] Верховный суд Нью Джерси вынес решение в отношении производителя асбеста, признав его ответственным за отсутствие информации о возможной опасности от асбестовой пыли, несмотря на то, что опасность данной пыли не могла быть известна производителю на момент его продажи. Решение было основано на комментарии к п. К Свода, который был несовместим с применением режима безвиновной ответственности. Существенное значение имеет тот факт, что уровень науки и техники имеет значение для применения концепции «небрежности» по отношению к производителю. Это объясняет причину непризнания ответчика виновным за несообщение предупреждающей информации о наличии соответствующих недостатков и последствиях их для потребителя. Потому что ответчик не мог знать о наличии данной опасности. Его действия по нераспространению данной информации о продукте являлись разумными. Но в концепции безвиновной ответственности вина не имеет значение. Значение имеет факт опасности продукта. То есть товар был небезопасным по причине того, что технологический уровень не позволяет устранить факт его небезопасности. Для теории безвиновной ответственности значение имеет продукт, а не вина производителя. Два года спустя по делу *Feldman v Lederle Laboratories* [1] тот же суд, применяя положения комментария п. К применительно к Дикломицину, вынес следующее решение. Поскольку данный продукт был определен как очевидно опасный, соответственно в основу данного решения была положена позиция, изложенная в предыдущем деле. В 1988 году в деле *Brown v Superior Court* [5, P. 790] Верховный суд Калифорнии пришел к противоположному выводу, основанному на комментарии к п. К. о том, что данным пунктом обеспечивается защита для всех производителей лекарств, в случае если данные лекарства были признаны содержащими дефект, о котором производитель не знал и не должен был знать. Данное решение было принято исходя из публичных интересов. Возложение ответственности на производителей фармацевтической продукции за непредоставление информации об опасных свойствах товара, которые являются неизвестными на момент их производства, могло бы вызвать существенное увеличение стоимости страхования ответственности данных производителей, создав тем самым препятствия для производства новых лекарств и значительное удорожание их стоимости.

Таким образом, производитель обязан предоставить необходимую информацию в соответствии с требованиями п. К свода о том, что товары являются надлежащим образом произведенными и готовыми для их реализации. В деле *Toole v Richardson Merrell Inc.* [5, P. 790] ответчик являлся продавцом лекарственного средства Трипаранол, но при этом не сообщил необходимую информацию в Американское агентство по лицензированию пищевой и фармацевтической продукции обо всех возможных последствиях использования данного препарата. В процессе потребления был выявлен факт причинения вреда глазам пациента. Трипаранол — это лекарство, разработанное от лечения атеросклероза, но при этом истцы ссылались на то, что данный препарат вызвал катаракту обоих глаз. В решении, которым суд обязал компанию — производителя возместить вред пострадавшим, содержались следующие аргументы: мы не можем утверждать, что данный препарат был пригоден для его реализации в соответствии с требованиями п. К Свода, что в свою очередь возлагает на продавца ответственность за причиненный вред независимо от того, знал ли он или должен был знать о недостатках товара.

Сложившаяся судебная практика Англии и США выработала норму, обязывающую производителей информировать потребителей о возможных негативных последствиях потребления продукта в инструкции по его применению [14]. Кроме этого, в обеих странах представители производителей ответственны за сообщение необходимой информации врачам и о вновь выявляемых негативных качествах продукта. Предоставление такой информации врачам должно обеспечить более объективную оценку данного препарата с точки зрения возможности его рекомендации для пациента.

Если производитель товара нарушает данную обязанность, он может быть признан ответственным за вред, причиненный потребителю, даже если общая предупреждающая информация, актуальная на момент продажи товара, содержалась в инструкции по его применению. Такой подход был применен в США в процессах по привлечению к ответственности производителей Хломецитина. При рассмотрении данных дел было установлено, что представительство компании минимизировало риски, руководствуясь

только описанием продукта [4, Р. 417]. Следует отметить тот факт, что Свод деликтного права не определяет лицо, которому производитель должен сообщать информацию о выявленных опасных свойствах товара. В праве США производители рецептурных лекарственных средств обязаны информировать медицинских работников преимущественно перед пациентами [1]. В решении по делу *Mc. Sue v Norwich Pharmacy Co* было установлено, что производитель не является ответственным перед пациентом, если он сообщил необходимую информацию врачу [1]. В деле *Buckner v Allergan Pharmaceuticals Inc* [6] производитель лекарств знал о том, что врачи не информировали пациента о возможных негативных последствиях применения данного лекарства. Несмотря на это, суд не признал обязанности производителя по компенсации вреда пациенту, так как необходимая информация была доведена до практикующих врачей [6]. Такой юридический подход свидетельствует о значимости теории «информированного посредника» в сфере продажи продуктов фармацевтической отрасли США. Думается, что такой подход вполне оправдан, учитывая характер товара и особенно порядок их распространения. Рецепт как основание для продажи следует рассматривать как существенное условие договора купли-продажи медицинского препарата. Его отсутствие должно влечь отказ в предоставлении продукта пациенту. Выдача рецепта осуществляется врачом как профессиональным работником здравоохранения, знающим или обязанным знать о руководствах к применению конкретного препарата. Соответственно, вся информация о свойствах лекарственных средств, поставляемых конечному потребителю при обязательном согласии врача (в форме выдачи рецепта), должна поступать к врачу как к единственно управомоченному субъекту по санкционированию продажи товара пациенту. Не сообщение ему информации влечет ответственность производителя; полученная информация врачом, но не доведенная до пациентов, влечет ответственность врача перед пациентом. Таким образом, прямая связь производителя и потребителя в рамках отношений по распространению рецептурных медицинских препаратов является юридически недействительной, а соответственно информация о товаре не доводится до потребителя.

В деле *Reyes v Wyeth Laboratories* [7] было закреплено следующее правило: лекарственные средства могут по-разному воздействовать на пациента. Будучи специалистом в области медицины, врач, выписывающий рецепт, обязан принять во внимание все противопоказания данного препарата для конкретного пациента. Он должен взвесить преимущества данного лечебного средства по отношению к его негативным последствиям. Конечный выбор должен быть основан на информировании пациента и индивидуальном решении врача.

Фармацевтические компании обязаны информировать потребителя о негативных последствиях лекарства путем указания соответствующей информации на упаковке товара либо в инструкции по его применению. Лекарства, распространяемые по рецепту врача, требуют от него доведения соответствующей информации до пациента, чьи действия расцениваются как действия «информированного посредника» между производителем и потребителем [6]. Врач, выписывая лекарство, обязан оценить свойства препарата и особенности здоровья пациента. Данные профессиональные обязанности врача формируют его юридический статус «информированного посредника». Врач, который нарушил обязанность по доведению до пациента необходимой информации о лекарстве либо не сообщил о его противопоказаниях, может быть привлечен к ответственности за проявленную небрежность. Так, в деле *Klink v GD Searle & Co* [6], врач, действуя небрежно, не предупредил пациента о противопоказаниях, связанных с его применением. Суд признал его ответственным за причинение вреда пациенту, возникшего по причине потребления данного лекарственного средства. В английском праве на врача возлагаются аналогичные обязанности. В деле *Dwight v Roderick and Jackson and Chemists Bonbury Ltd* [8] врач был привлечен к ответственности за выписанное лекарство против мигрени, не предупредив пациента о том, что он не должен принимать лекарство в более высоких дозах. В результате небрежности врача у женщины началась гангрена ноги. Такой подход в определении ответственности врача обеспечивает защиту пациентам, в отношении которых есть все основания полагать, что применение ими лекарственного средства причинит вред их жизни и здоровью. Особого внимания заслуживает дело *Kaiser v Suburban Transportation System* [9], рассмотренное судом штата Калифорния. Водитель автобуса заснул за рулем, и в результате

аварии был причинен вред жизни и здоровью пассажиров. Пассажиры предъявили иск к врачу, который прописал водителю препарат, вызывающий сонливость, не предупредив об этом пациента (водителя). Производитель препарата не был признан ответственным перед пассажирами, поскольку исполнил свою обязанность по информированию врача обо всех свойствах препарата, переложив на него ответственность за причиненный вред [1].

В Англии аналогичная позиция была положена в основу решения по делу *Burfitt v Kille* [1]. Суть дела заключалась в следующем: 12 – летнему мальчику был продан игрушечный пистолет с патронами. Ребенок в процессе игры причинил вред здоровью своего товарища. Выстрелом была обожжена рука. Обосновывая ответственность продавца, суд указал следующее: «Если А передает в руки Б имущество, которое относится к разряду опасных вещей в руках таких лиц, как Б, А обязан соблюдать осторожность не только в отношении Б, но и в отношении всех остальных лиц, которые с позиции разумности могут быть пострадавшими».

Результаты

В результате проведенного сравнительно-правового исследования специального случая освобождения от ответственности за вред, причиненный недостатками товаров, работ или услуг мы видим, что в праве Англии и США наравне со своими индивидуальными особенностями развития системы правового регулирования ответственности за вред, причиненный недостатками товаров, работ и услуг, правило «информированного посредника» имеет особое значение, применяемое для выделения особого субъекта ответственности – информированного посредника.

Заключение

Анализ доктрины «информированного посредника» в праве Англии и США позволяет сделать вывод о том, что разделение продуктов на те, которые опасны сами по себе, и те, которые создают опасность для потребителя при определенных условиях, имеет юридическое значение для привлечения производителя к ответственности за вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя. Опасность (вредоносность) продукта воспринимается правом как его свойство, которое, с одной стороны, приобретает значение условия ответственности независимо от причины его возникновения в продукте, но с другой стороны, обязательное участие посредника в общей цепи распространения продукта среди потребителей исключает ответственность производителя за вред, причиненный товаром, только лишь на основании наличия недостатка в товаре. В таком случае обязательным условием его ответственности является отсутствие у посредника информации о данном недостатке.

Примечания:

1. Pamela R., Ferguson. Liability for Pharmaceutical Products: a Critique of the Learned Intermediary Rule // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1992. Volume 12, № 1.
2. David G. Owen, John E. Montgomery, Mary J. Davis Products Liability and Safety. Case and Statutory Supplement. 2008. P. 23-53.
3. Michael J. Wagner, Laura L. Peterson-The New Restatement of Torts – Shelter From the Product Liability Storm for Pharmaceutical Companies and Medical Device Manufactures? // *Food and Drug Law Journal*. 2000. Vol. 53.
4. Jacob S. Ziegel. New developments in International Commercial and Consumer Law-Oxford, 1998.
5. Otto baron van Wassenaer van Catvijck. Products liability in Europe // *The American Journal of Comparative Law*. 1986. Volume 34. № 4.
6. Derric Owles, Anthea Worsdall, Product liability casebook / Colchester Lloyds of London Press Ltd, P. 15.
7. Richard Braddock, Economic impact of revised proposal // The law reform commission, product liability research paper. 1989. №2A, June. P. 56.
8. Product liability. The law reform commission, research paper №34, August 1988. P. 23.
9. Michael Wincup, Sales law and Product Liability, 1999. P. 32.
10. Medicines Act 1968 // www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/67/contents

11. The Medicines (Labelling) Regulation // <https://www.gov.uk/guidance/medicines-packaging-labelling-and-patient-information-leaflets>
12. Consumer Protection Act // www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43.
13. Biriukov P. Criminal liability of legal persons in EU-countries // Criminal liability of legal persons in EU-countries. Voronezh: VSU Publishing house, 2015.

References:

1. Pamela R., Ferguson. Liability for Pharmaceutical Products: a Critique of the Learned Intermediary Rule // Oxford Journal of Legal Studies. 1992. Volume 12, № 1.
2. David G. Owen, John E. Montgomery, Mary J. Davis Products Liability and Safety. Case and Statutory Supplement. 2008. P. 23-53.
3. Michael J. Wagner, Laura L. Peterson-The New Restatement of Torts – Shelter From the Product Liability Storm for Pharmaceutical Companies and Medical Device Manufactures? // Food and Drug Law Journal. 2000. Vol. 53.
4. Jacob S. Ziegel. New developments in International Commercial and Consumer Law-Oxford, 1998.
5. Otto baron van Wassenaeer van Catvijck. Products liability in Europe // The American Journal of Comparative Law. 1986. Volume 34. № 4.
6. Derric Owles, Anthea Worsdall, Product liability casebook / Colchester Lloyds of London Press Ltd, P. 15.
7. Richard Braddock, Economic impact of revised proposal // The law reform commission, product liability research paper. 1989. №2A, June. P. 56.
8. Product liability. The law reform commission, research paper №34, August 1988. P. 23.
9. Michael Wincup, Sales law and Product Liability, 1999. P. 32.
10. Medicines Act 1968 // www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/67/contents
11. The Medicines (Labelling) Regulation // <https://www.gov.uk/guidance/medicines-packaging-labelling-and-patient-information-leaflets>
12. Consumer Protection Act // www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/43.
13. Biriukov P. Criminal liability of legal persons in EU-countries // Criminal liability of legal persons in EU-countries. Voronezh: VSU Publishing house, 2015.

УДК 347-51

Правило «информированного посредника» как специфический случай освобождения от ответственности производителя в законодательстве США и Великобритании

Белгородский университет кооперации, экономики и права, Российская Федерация
308000, г. Белгород, Садовая116а
ассистент
E-mail: roman.khalin@mail.ru

Аннотация. В данной статье рассматривается сравнительно-правовой анализ применения специального случая освобождения от ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ или услуг в странах Англии и США. Автор указывает на то, что в праве Англии и США наравне со своими индивидуальными особенностями развития системы правового регулирования ответственности за вред, причиненный недостатками товаров, работ и услуг, в пределах одного исторического периода был выработан особый подход в регулировании вопросов ответственности за качество фармацевтической продукции.

Делается вывод о том, что разделение продуктов на те, которые опасны сами по себе, и те, которые создают опасность для потребителя при определенных условиях, имеет юридическое значение для привлечения производителя к ответственности за вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя. Опасность (вредоносность) продукта воспринимается правом как его свойство, которое, с одной стороны, приобретает

значение условия ответственности независимо от причины его возникновения в продукте, но с другой стороны, обязательное участие посредника в общей цепи распространения продукта среди потребителей исключает ответственность производителя за вред, причиненный товаром, только лишь на основании наличия недостатка в товаре. В таком случае обязательным условием его ответственности является отсутствие у посредника информации о данном недостатке.

Ключевые слова: ответственность, товар, работа, услуга, компенсация вреда, производитель, потребитель.

Copyright © 2015 by Academic Publishing House *Researcher*



Published in the Russian Federation
Russian Journal of Comparative Law
Has been issued since 2014.

ISSN 2411-7994

E-ISSN 2413-7618

Vol. 6, Is. 4, pp. 134-139, 2015

DOI: 10.13187/rjcl.2015.6.134

<http://ejournal41.com>



UDC 343.9:343.37

Illegal Use of Insider Information within the Risks of Criminological Security of Stock Market of Ukraine

Tetiana V. Melnychuk

National University «Odessa law academy», Ukraine
65009, Odessa, Fontanskaja doroga, 23
PhD, Associate Professor
E-mail: t.melnichuk@onua.edu.ua

Abstract

The article is devoted to contemporary theory and practice of preventive effect on illegal use of insider information through the lens of the concept of criminological security. In recognition of the achievements of doctrine and legislation the concepts of the topic is analyzed. Criminological evaluation of some security risks of investment activity is presented. The assessment of risks and threats to the criminological security of stock market is recognized as quite complicated due to the fact that the stock market in Ukraine is not completely formed; the development of its legal component is accompanied with an active shadow activities. The estimation of costs and harms caused to corporations by insider information trading is also a challenge for criminological science as the main harm is not of economic nature. It creates predominantly reputational risks with unknown continuance.

Keywords: crime, shadow economy, criminological security, insider information.

Введение

В настоящее время на фоне неправомерного использования так называемой инсайдерской информации и манипулирования фондовыми рынками под угрозой оказалась стабильность функционирования рынка ценных бумаг, а также инвестиционные перспективы как в пределах отдельного государства, так и в транснациональных масштабах. Риски усугублены тройственной природой угроз, а соответственно и ущерба, который могут претерпеть предприятие и его акционеры. Речь идет о рисках информационной, экономической, а также криминологической безопасности.

Материалы и методы

Многоаспектность проблематики торговли инсайдерской информацией обусловила необходимость использования комплексной методики; в процессе исследования применялись как общенаучные методы, так и специальные. Так, в частности был проведен контент-анализ научных публикаций на предмет согласованности понятийного аппарата рассматриваемой проблемы, а также степени научной разработанности. В Украине проблема незаконной торговли инсайдерской информацией предметом комплексного

исследования ранее не становилась. Отдельные аспекты темы рассматриваются чаще на страницах публицистических изданий или аналитических материалов, чем в научной плоскости. Среди представителей экономических наук, затрагивающих проблему правовых основ использования инсайдерской информации, известны работы В.В. Саенко [1]. Некоторые проблемы уголовно-правового воздействия на инсайд исследованы А.А. Дудоровым [2]. Проблематику воздействия на преступность с точки зрения криминологической безопасности в Украине изучали В.Н. Дремин и А.Н. Костенко.

С учетом предыдущих криминологических достижений в области исследования криминализации фондового рынка в настоящем исследовании был использован правовой инструментарий познания социально-правовых явлений и экономических процессов. Догматический метод позволил проанализировать положения действующих специализированных нормативно-правовых актов, регулирующих порядок оборота инсайдерской информации, что в последующем дало возможность оценить уязвимость этих положений с точки зрения криминологических угроз. Кроме того, в связи с высоким уровнем латентности торговли инсайдерской информацией, а также незначительной практикой применения ст. 232-1 УК Украины («Незаконное использование инсайдерской информацией»), что нивелирует ценность статистического анализа данных, для оценки интенсивности криминогенных угроз использованы результаты опросов, проведенные организацией PWC. Содержательные аспекты выявленных угроз и рисков продемонстрированы с помощью контент-анализа публикаций СМИ.

Обсуждение

Переосмысление подходов к воздействию на преступность в современной научной литературе и практике привело к формированию концепции криминологической безопасности, под которой понимается «объективное состояние защищенности жизненно важных и иных существенных интересов личности, общества и государства от преступных посягательств и угроз таких посягательств, а также осознание людьми такой своей защищенности» [3, С. 172].

Современное украинское общество справедливо относят к переходному типу. Макроэкономические показатели констатируют отсутствие стабильности на различных сегментах рынка. Одно из наиболее слабых звеньев только формирующегося в Украине фондового рынка – это привлечение инвестиций в предприятия посредством ценных бумаг, а мировые финансовые потрясения во многом усугубляют неблагоприятный инвестиционный климат. Страдает несовершенством и «неукомплектованностью» законодательство в этой сфере, слабо развиты многие необходимые правовые механизмы защиты разных категорий акционеров и др.).

Оценка рисков и угроз криминологической безопасности фондового рынка весьма затруднена в связи с тем, что фондовый рынок в Украине окончательно не сформирован; вместе с развитием легальной его составляющей происходит активная теневая деятельность.

В контексте тенезации рынка ценных бумаг в Украине, равно как и в других государствах мира, возникла проблема использования инсайдерской информации, злоупотребления с которой могут составлять значительную угрозу криминологической безопасности инвестиционной деятельности.

Название «инсайдерская информация» происходит от английского *inside* – «внутри» и означает, что: 1) содержание этой информации известно определенному ограниченному кругу лиц; 2) она предназначена для внутреннего пользования.

Согласно ст. 44 Закона Украины «О ценных бумагах и фондовом рынке» инсайдерской информацией называется необнародованная информация об эмитенте, его ценных бумагах и производных (деривативах), находящихся в обращении на фондовой бирже, или сделках по ним, в случае если разглашение такой информации может существенно повлиять на стоимость ценных бумаг и производных (деривативов), и которая подлежит обнародованию в соответствии с требованиями, установленными законом [5].

Таким образом, инсайдерская информация – существенная публично нераскрытая служебная информация компании, которая в случае ее раскрытия способна повлиять на рыночную стоимость ценных бумаг компании. К ней можно отнести: информацию о готовящейся смене руководства и новой стратегии, о подготовке к выпуску нового продукта

и к внедрению новой технологии, об успешных переговорах о слиянии компаний или идущей скупке контрольного пакета акций; материалы финансовой отчетности, прогнозы, свидетельствующие о трудностях компании; информация о тендерном предложении (на торгах) до его раскрытия публике и т.д. [6]

Последнее время тема использования инсайдерской информации в бизнесе окрашивается в «новые цвета»: в дополнение к экономическому аспекту ее использования возникает этический. Более того, использование инсайда все активнее выводится за пределы легитимности, поскольку может наносить серьезный экономический ущерб первоначальным владельцам информации, а также всем связанным с ними экономическими интересами сторонам [7, С. 61-62].

Задача обеспечения криминологической безопасности фондового рынка заключается в том, чтобы поддерживать эффективным рынок ценных бумаг, а условия торговли на нем – справедливыми для всех его участников. Для этого необходимо, чтобы все инвесторы торговали на основе одинаковой информации, что исключает злоупотребления.

До 2011 года в Украине существовало несколько законодательных актов, косвенно подтверждавших, что и рынок, и государственный регулятор понимают, что инсайдерская информация и, очевидно, факт риска ее распространения существуют, однако не устанавливавших ответственность за недобросовестное отношение к ней. Это были скорее нормативные положения, утверждающие перечень конкретных документов, относящихся к инсайдерской информации, и порядок ее раскрытия перед регулятором.

В свою очередь, 22 апреля 2011 г. был принят Закон «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно инсайдерской информации» [8]. Он изменил Кодекс об административных правонарушениях, УК, законы «О государственном регулировании рынка ценных бумаг в Украине» и «О ценных бумагах и фондовом рынке». Целью данных изменений было урегулирование самого понятия «инсайдерской информации на фондовом рынке Украины» и создание механизмов предотвращения неправомерного ее использования, в том числе определена достаточно жесткая ответственность (включая уголовную) за ее незаконное использование с применением штрафных санкций.

Таким образом, Украина выполнила взятые на себе обязательства внедрять рекомендации Группы по разработке финансовых мер борьбы с отмыванием денег (FATF) по Конвенции Совета Европы об отмывании, поиске, аресте и конфискации доходов, полученных преступным путем 2005 г. По этой конвенции незаконные действия с инсайдерской информацией должны признаваться преступлениями по уголовному законодательству государств, ратифицировавших конвенцию. Кроме того, в Сорока рекомендациях FATF в перечень серьезных преступлений, которые следует признавать предикатными деяниями (то есть источником "грязных" денег), включено инсайдерские торговые операции.

Нынешний рынок ценных бумаг является, по сути, инсайдерским, ведь очень часто решения о приобретении или продаже ценных бумаг принимается не на основании официально обнародованной информации, а на основании полученной инсайдерской информации. Это тормозит развитие фондового рынка, отпугивает профессиональных инвесторов, и в целом вредит участникам этих правоотношений. Инсайдерская торговля обычно относится к покупке или продаже ценных бумаг с нарушениями в области фидуциарных обязанностей и других доверительных отношений вследствие обладания существенной непубличной информацией о ценных бумагах. Такие нарушения могут также включать умышленное раскрытие такой информации, торговлю ценными бумагами лицом, которое обладает секретной информацией, и торговлю ценными бумагами лицами, которые незаконно завладели такой информацией.

Распространены случаи передачи эмитентами информации об акционерах – фамилии, адреса, размер пакетов акций (что тоже является инсайдерской информацией) своим аффилированным юридическим, консалтинговым фирмам или торговцам ценными бумагами, которые потом рассылают письма с предложением выкупить акции у миноритариев. Но такая передача информации является нарушением прав акционеров и незаконным использованием инсайдерской информации и за это как раз и предусматривается ответственность, обозначенная выше.

Так, в Винницкой области оштрафован эмитент на 170 000 гривен именно за разглашение инсайдерской информации – афилированная с мажоритарными акционерами юридическая компания письменно делала миноритариям "предложения" продать пакеты акций [9].

При отсутствии официальных статистических данных о фактах незаконного использования инсайдерской информации альтернативные источники свидетельствуют об их относительно небольшом удельном весе в общей структуре экономической преступности. Со случаями торговли инсайдерской информацией в Украине в 2009 году столкнулись 7 % опрошенных экспертов, в 2011 – 3 %. Вместе с этим 12 % респондентов прогнозируют рост злоупотреблений с инсайдерской информацией в Украине в течение следующих 12 месяцев [10]. Таким образом, условия неочевидности инсайдерской торговли повышают степень латентности рассматриваемых преступлений, затрудняют возможности реагирования криминологическими средствами, тем самым увеличивая степень риска криминологической безопасности фондового рынка.

Проблема незаконного использования непубличной информации в сфере инвестирования составляет также мощную экономическую угрозу посредством причинения значительного финансового или другого материального ущерба. При этом в научной литературе оценка экономических последствий инсайдерской торговли весьма неоднозначна. В частности, Генри Манн сформулировал три основных тезиса. Один из них заключается в том, что инсайдерская торговля не наносит существенного ущерба долгосрочным инвесторам. Второй и третий тезисы касались полезных сторон этой практики – как в плане вознаграждения менеджеров, так и в плане ее важного вклада в эффективность ценообразования на фондовом рынке [11].

В противовес указанной точке зрения следует отметить, что в этой области довольно сложно оценить ущерб, который наносится компании, подвергшейся деятельности инсайдеров. Во-первых, потому, что это не прямой экономический ущерб, это и репутационные риски, которые несет компания, и сколько этот ущерб может длиться по времени – неизвестно (в отличие от ущерба от уличной или иной общеуголовной корыстной преступности). По разным источникам, материальные потери зарубежных компаний оцениваются миллионами долларов.

Одно из крупнейших в истории дел об инсайдерской торговле связано с именем Раджа Раджаратнама. Он признан виновным судом в Нью-Йорке в получении 63,8 млн миллионов долларов с 2003 по март 2009 года за счет незаконных инсайдерских сделок. Одним из главных доказательств обвинения были записи телефонных разговоров между Раджаратнамом и влиятельными лицами внутри корпораций, бумагами которых он торговал, – среди них называются такие известные компании, как Google, Intel и Hilton Hotels. Перед вынесением приговора обвинители заявили о том, что Раджаратнам "по-прежнему утверждает, что иногда не мог различить, где проходила черта между законными и незаконными действиями" [12].

С точки зрения системы криминологической безопасности акцент в обеспечении состояния защищенности фондового рынка от угроз криминогенного характера следует смещать в сторону общесоциальных мер воздействия, а также применения технических средств защиты инсайдерской информации.

«Профессиональные участники рынка должны своими действиями способствовать усилению целостности рынка. Такие действия могут включать, например, создание "серых списков", применение "торговли одного окна" к отдельным видам персонала, учреждение внутренних кодексов поведения и установление "китайских стен". Подобные превентивные меры могут способствовать борьбе с рыночными махинациями, только если они должным образом введены в действие и их исполнение контролируется. Соответствующий контроль может включать в себя, например, назначение на должность компетентных проверяющих и проведение периодических проверок независимыми аудиторами» [13, С. 16].

Результаты

В рыночной экономике рынок ценных бумаг является основным механизмом перераспределения денежных накоплений. Фондовый рынок создает рыночный механизм

свободного, хотя и регулируемого, перераспределения капиталов в наиболее эффективные отрасли хозяйствования.

Криминализация рынка ценных бумаг является крайне опасной тенденцией, поскольку деформирует институциональную среду инвестиционной деятельности. В настоящее время стали широко распространены такие явления, как «перелив» неконтролируемых капиталов, изготовление и сбыт поддельных ценных бумаг, «отмывание» криминальных средств, мошенничество с использованием фальшивой финансовой документации и др. Преступления, совершаемые на рынке ценных бумаг, несмотря на их незначительную долю в общем количестве экономических преступлений, имеют высокую общественную опасность. Это объясняется значительным числом потерпевших и огромным материальным ущербом, причиняемым в данной сфере мошенническими операциями [4].

Заключение

Концепция криминологической безопасности нацелена на выявление и мониторинг рисков незаконного использования инсайдерской информации, разработку современных превентивных IT и правовых инструментов защиты такой информации, а также внедрение мер минимизации рисков при утечке инсайдерской информации и защиты предприятий от недобросовестных инсайдеров.

Примечания:

1. Саєнко В. В. Правове регулювання використання інсайдерської інформації на ринку цінних паперів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В.В. Саєнко; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. К., 2002. 20 с.

2. Дудоров О. Злочинне використання інсайдерської інформації: аналіз законодавчих новел // Юридичний вісник України. 2009. 21-27 лютого (№ 8). С. 12-13.

3. Бабаев М.М. Передел собственности и криминологическая безопасность // Современные разновидности российской и мировой преступности: состояние, тенденции, возможности и перспективы противодействия / Сборник научных трудов под ред. д.ю.н., проф. Н.А. Лопашенко. Саратов, Саратовский Центр по исследованию проблем организованной преступности и коррупции: Сателлит, 2005. С. 172-180.

4. См.: Новиков С.В. Криминологическая характеристика экономических преступлений, совершенных организованными преступными группами на рынке ценных бумаг и их предупреждение органами внутренних дел: автореф. дис. ... канд. юрид. наук, специальность – 12.00.08. М., 2011. 21 с.

5. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 // Відомості Верховної Ради України. 2006. № 31. С. 268.

6. Зеркалов Д.В. Рейдеры. Пособие. К.: Дакор, КНТ, 2007. 188 с. URL: <http://www.zerkalov.org.ua/node/1421>

7. Фундаментальный анализ финансовых рынков. СПб.: Питер, 2005. 288 с.

8. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації» від 22 квітня 2011 року // Відомості Верховної Ради України. 2011. № 44. ст.471.

9. Котик А. Права миноритарных акционеров – инсайдерская информация URL: http://blogs.korrespondent.net/business_blogs/blog/agkotyk/a33791

10. Всемирный обзор экономических преступлений. Декабрь 2011 // URL: www.pwc.com/ua

11. Manne H.G. Insider Trading: Hayek, Virtual Markets, and the Dog that Did Not Bark // Journal of Corporation Law. Vol. 31. № 1 (Fall 2005) // URL: <http://www.inliberty.ru/library/study/2489>

12. Миллиардеру дали в США 11 лет за инсайдерские сделки. Русская служба BBC // URL: http://www.bbc.co.uk/russian/business/2011/10/111011_rajaratnam_sentenced.shtml

13. Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) // OJ L 96, 12.04.2003.

References:

1. Sayenko V. V. Pravove reguluvannya vikoristannya insaiders'koyi informatsiyi na rinku tsinnikh paperviv : Avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk : 12.00.04 / V.V. Sayenko; Kyiv. nats. un-t im. T. Shevchenka. K., 2002. 20 s.

2. Dudorov O. Zlochynne vikoristannya insaiders'koyi informatsiyi: analiz zakonodavchikh novel // Yuridichnii visnik Ukrainy. 2009. 21-27 lyutogo (№ 8). S. 12-13.

3. Babaev M.M. Peredel sobstvennosti i kriminologicheskaya bezopasnost' // Sovremennye raznovidnosti rossiiskoi i mirovoi prestupnosti: sostoyanie, tendentsii, vozmozhnosti i perspektivy protivodeistviya / Sbornik nauchnykh trudov pod red. d.yu.n., prof. N.A. Lopashenko. Saratov, Saratovskii Tsentр po issledovaniyu problem organizovannoi prestupnosti i korruptsii: Satellit, 2005. S. 172-180.
4. Novikov S.V. Kriminologicheskaya kharakteristika ekonomicheskikh prestuplenii, sovershennykh organizovannymi prestupnymi gruppami na rynke tsennykh bumag i ikh preduprezhdenie organami vnutrennikh del: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk, spetsial'nost' 12.00.08. M., 2011. 21 s.
5. Zakon Ukraїni «Pro tsinni paperi ta fondovii rинok» vid 23.02.2006 // Vidomosti Verkhovnoyi Radi Ukrayiny. 2006. N 31. - st. 268.
6. Zerkalov D.V. Reidery. Posobie. K.: Dakor, KNT, 2007. 188 s. URL: <http://www.zerkalov.org.ua/node/1421>
7. Fundamental'nyi analiz finansovykh rynkov. – SPb.: Piter, 2005. – 288 s.
8. Zakon Ukrayiny «Pro vnesennyya zmin do deyakikh zakonodavchikh aktiv Ukrayiny shchodo insaiders'koy informatsiyi» vid 22 kvitnya 2011 roku // Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny. 2011. N 44. s. 471.
9. Kotik A. Prava minoritarnykh aktsionerov – insaiderskaya informatsiya URL:: http://blogs.korrespondent.net/business_blogs/blog/agkotyk/a33791
10. Vsemirnyi obzor ekonomicheskikh prestuplenii. Dekabr' 2011 // URL: www.pwc.com/ua
11. Manne H.G. Insider Trading: Hayek, Virtual Markets, and the Dog that Did Not Bark // Journal of Corporation Law. Vol. 31. № 1 (Fall 2005). // URL: <http://www.inliberty.ru/library/study/2489>
12. Milliarderu dali v SShA 11 let za insaiderskie sdelki. Russkaya sluzhba BBC // URL: http://www.bbc.co.uk/russian/business/2011/10/111011_rajaratnam_sentenced.shtml
13. Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) // OJ L 96, 12.04.2003.

UDC 343.9:343.37

Незаконное использование инсайдерской информации в системе рисков криминологической безопасности фондового рынка Украины

Татьяна Владимировна Мельничук

Национальный университет «Одесская юридическая академия», Украина
65009, г. Одесса, ул. Фонтанская дорога, 23
Кандидат юридических наук, доцент
E-mail: t.melnychuk@onua.edu.ua

Аннотация. В статье рассматриваются актуальные для современной теории и практики вопросы предупредительного воздействия на неправомерное использование инсайдерской информации через призму концепции криминологической безопасности. С учетом достижений доктрины и законодательства анализируется понятийный аппарат темы. Представлена криминологическая оценка некоторых рисков безопасности инвестиционной деятельности. При этом отмечается, что фондовый рынок в Украине не полностью сформирован, развитие его правовой составляющей сопровождается активной деятельностью теневых игроков. Оценка затрат и ущерба, вызванного незаконной деятельностью корпораций, инсайдерская торговля информацией представляет собой задачу для юридической науки.

Ключевые слова: преступность, теневая экономика, криминологическая безопасность, инсайдерская информация.

Copyright © 2015 by Academic Publishing House *Researcher*



Published in the Russian Federation
Russian Journal of Comparative Law
Has been issued since 2014.

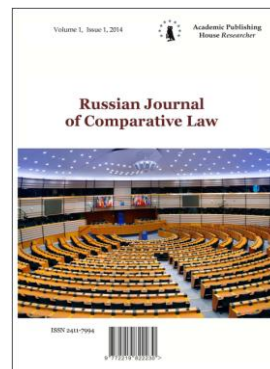
ISSN 2411-7994

E-ISSN 2413-7618

Vol. 6, Is. 4, pp. 140-146, 2015

DOI: 10.13187/rjcl.2015.6.140

<http://ejournal41.com>



UDC 347.469.1

Court-annexed and Contractual Mediation in France

Irina Nainodina

Université Toulouse 1 Capitole, France
2 Rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse
E-mail: i.nainodina@gmail.com

Abstract

The article deals with two forms of mediation in France: court-annexed mediation and contractual mediation. The European Union law and the French legislation, which regulate these two forms, are presented. In particular, it analyses the provisions of the Directive 2008/52/CE, the Code of Civil Procedure, and the modified Act of 8 February 1995. The main attention is paid to the description of court-annexed and contractual mediation, their differences, and their conditions of implementation. Moreover, we analyze the procedure established for judicial mediation and its performance in the Centre for Mediation and Arbitration of Paris. The question about distinctive criteria between mediation and conciliation also arises.

Keywords: France, mediation, court-annexed mediation, contractual mediation, regulation.

Introduction

Mediation has been practiced in France for many years. Some problems can be solved by using the mediation procedure. For instance, it helps to reduce costs, to avoid problems with enforcement or execution when court decisions were not fully accepted, to encourage dialog between parties and to save good relations, especially in business and family cases.

There are substantially two forms of mediation in France: court-annexed mediation (*mediation judiciaire*), applicable only to civil, family, commercial and labor cases, and contractual mediation (*mediation conventionnelle*), available for parties at any time without any juridical involvement and based on their free will. Various special provisions regulate court-annexed mediation, in comparison with the few laws dealing with contractual mediation [1].

Method & Methodology

The main sources for writing this article were the official documents in the European Union legislative level and the French national legislative level, plus the practical information provided by mediation institutions. To create a clear understanding of the laws applying to the French mediation we used documentary analysis, systemic methods and legal techniques. The method of comparative analysis defines the differences between contractual and court-annexed mediation.

Legal regulation of mediation: European Union and France

First of all, we would like to highlight several important regulations of mediation (both court-annexed and contractual) inside the French and European legal framework, as it is not possible to analyze French mediation law without reference to the European Union law.

Since 1980, the Council of Europe is very interested in alternative forms of dispute resolutions, and several Recommendations were created about amiable resolutions of conflicts, their forms and their application in family, criminal, civil, commercial law matters (for example, Recommendations No. R (81)7, No. R (86) 12, No. R 98(1), No. R 99 (19), etc.). In the European Union level the initiative was adopted during the meeting of the European Council which took place in Tampere on the 15th and 16th of October 1999. This Summit was used to make the so-called “Area of freedom, security and justice” one of the primary objectives of the European Union. Among several measures presented, The Council invited the member states to stimulate, establish and organize “Alternative forms of Resolution on Conflicts” [2]. In order to prepare the evolution of justice in the European Union, the European Commission presented a Green Paper on Alternative Dispute Resolution in 2002. The purpose of the Green Paper was to initiate a broad-based consultation as regards alternative dispute resolution in civil and commercial law [3].

Years later, the legislation has been concretized by the Directive 2008/52/CE of the European Parliament and the European Council of Mai 21, 2008 “On certain aspects of mediation in civil and commercial matters” [4]. Directive looks to guarantee a more effective and appropriate justice; it improves access to forms of resolution of conflicts, specially favoring the offer of mediation services, during trials and outside trials; seeks to ensure a balanced relationship between mediation and judicial proceedings. From the legal point of view, it is very important that the Directive broadly defines “mediation” and “mediator”:

“Mediation means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State.”

“Mediator means any third person who is asked to conduct a mediation in an effective, impartial and competent way, regardless of the denomination or profession of that third person in the Member State concerned and of the way in which the third person has been appointed or requested to conduct the mediation.”

The Directive also contains several provisions about the scope of application, the recourse to mediation, the enforceability of agreements resulting from mediation, the effects of mediation on limitation and prescription periods, as well as about confidentiality.

Next basic regulation which was published in 2004 is the Code of good behavior for mediators (or European code of conduct for mediators), created by the European Commission in 2004 [5]. It provides that the mediator should be competent, independent and impartial, and have a good knowledge of the mediation procedure. The mediator must keep confidential all information concerning mediation procedure, unless compelled by law or grounds of public policy to disclose it. It is intended to apply to all kind of mediation in civil and commercial matters [6].

The last legal framework for mediation that we would like to notice, before the investigation in French national legal level, is a legislation adopted in 2013:

1. Directive 2013/11/EU on alternative dispute resolution which ensures that consumers have access to quality alternative dispute resolution entities (including mediation) for all kinds of contractual disputes with traders [7].

2. Regulation (EU) No 524/2013 on online dispute resolution (ODR), under which an EU-wide online platform will be set up for disputes that arise from online transactions [8].

For the European Union legislation to take effect at a national level, Member States must adopt a law to transpose it. Therefore, we would like to provide the basic knowledge about the implementation of above-mentioned legislation in France, and in particular the French law concerning mediation.

Judicial mediation was created in France in 1970, when some judges, mainly in labor disputes and family law, started to appoint outside mediators in the context of Article 21 of Civil Code Procedure (“To conciliate parties is part of the mandate of the judge”) [9]. Then, on 8 February 1995, judicial (or court-annexed) mediation was established by law No.95-125 and implemented by decree No. 96-652 in the new Civil Code Procedure in 1996 [10]. These provisions

are still in force today and Article 131-1 contains the rule, that “A judge seized of litigation may, after having obtained the consent of the parties, appoint a third party who will hear them and confront their points of view to help them resolve the dispute dividing them. This power is also given to the summary procedure judge in the course of the proceeding”. Moreover, Civil Code Procedure is one of the basic legal documents which regulates mediation in France.

Regulation (Ordonnance) No. 2011-1540 of 16 November 2011 transposed the Directive 2008/52/EC into the French law [11]. The Application Decree was adopted on 20 January 2012; it materially modified the legal framework in France.

Above-mentioned legislation is a basis for mediation procedure but there are some rules related to special areas in the Labor Code (Code de travail), the Criminal code (Code penal), the Code of Criminal procedure (Code de procedure penale), and the Monetary and Financial Code (Code monetaire et financier). Besides, there are several acts, orders and ministerial circulars which regulate particular types of mediation.

Defining mediation

According to the Act of 8 February 1995 modified in 2011 by the Regulation No. 2011-1540, mediation is “a structured process, however named, whereby two or more parties attempt to reach an agreement for the amiable resolution of their disputes, with the help of a third party, the mediator, chosen by them or designated, with their agreement, by the judge hearing the case” [12]. It is easy to compare and notice that this definition is very similar to the definition presented in the EU Directive 2008/52/CE.

Mediation and conciliation: does the distinctive criteria exist?

The identification of the differences between mediation and conciliation is not clear under the French law. One difficult question arises: why and when are these words used? The French legislature sometimes does not differentiate the terms, failing to establish a distinctive criteria [13]. For example, the Code of Civil Procedure in Art. 1530 (Book V) defines contractual mediation and conciliation in the same way (“La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le present titre s'entendent [...]”). Without regard to this provision, it is still possible to find differences between conciliation and mediation in French law. First of all, the judge has an opportunity to mediate (“concilier”) between parties (Art. 21 Code of Civil Procedure). Secondly, certain conciliations in labor and family disputes must be mandatory for parties. Moreover, mediation and conciliation are divided in two different articles (Art. 1532 and Art. 1536 Code of Civil Procedure), where we can find rules that mediators and conciliators can be natural or legal persons.

Nowadays, such as many years ago, scholars continue to disagree about the exact relationship between these two procedures and the existence of distinguishing criteria [14]. To summarize, there are two different points of view: 1. Conciliation and mediation are the same processes. 2. Mediation is a particular form of conciliation.

Court-annexed and contractual mediation

As we mentioned above there are two main types of mediation in France: contractual (private) and court-annexed (judicial). Contractual mediation can intervene in many disputes, such as individual conflicts (concerning property, divorce, neighborhoods disputes), commercial disputes (between customers and suppliers, between agents), conflicts in labor relations, etc. According to the Center for mediation and Arbitration of Paris (CMAP), 45 % of cases, which are solved by mediation, refer to the breach of contractual obligations, 19 % of cases refer to company law, 16 % - labor law, 11 % - intellectual property, 9 % - other different (asset liquidation, termination of business relations, etc) [15].

Process of mediation may be proposed by one of the parties after the dispute arose or parties can include a mediation clause in their contract.

The main characteristics that define a contractual mediation are:

1. It takes place before or parallel to litigation proceedings.
2. It implements outside the court, without judge interference (Art.1530 of the Code of Civil Procedure).
3. It is performed on the basis of the common intension “...for the amiable resolution of their dispute...” (Art. 1530). Parties establish the structure, principles and limits for this particular

mediation. Nevertheless, the contractual mediation is regulated by Act of 8 February 1995 (General provisions – Art. 21 to 21-5) and by several provisions established in the Code of Civil Procedure. Contractual mediation can be set in an institution and therefore based on the mediation rules that are proposed by a mediation center. For example, there is an organization – Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation – which offers different services including the contractual and judicial mediation [15].

For the contractual mediation the parties should have an agreement to mediate in their contract, mediation clause or to be agreed after the dispute arose. This agreement may refer to either ad-hoc mediation or the rules of a mediation centre. It may be very general or detailed, for example, it can include the list of selected mediators. Contractual mediation can be initiated on the base of an effective and enforceable agreement to mediate.

Section 2 (Art. 21 to 22-3) of the Act of 8 February 1995 is dedicated to judicial (or court-annexed) mediation. According to it, with the consent of the parties, the judge in a pending case transmits the case to a mediator to conduct the mediation. We can find the same provision in the Art.131-1 of the Code of Civil Procedure. It is very important to pay attention that, in this case, the judge is the one who selects the mediator. The duration of the mediation process is also set by the judge. The positive outcome of mediation leads to the termination of litigation, the negative outcome means that the litigation should continue and that finally, the dispute will be decided by the judge.

The main characteristics that define a court-annexed mediation are:

1. Even a judicial mediation starts with the litigation; it takes place outside the court room and does not involve the mediator who is a court employee.

2. Like a contractual mediation, for a judicial mediation the consent of the parties is always required. Each party can reject the mediation or the mediator proposed by judge.

3. Judicial mediation does not eliminate judicial competence. The mediator can neither judge the dispute nor investigate the process. The judge does not transmit his judicial power and the mediator cannot replace the judge.

4. Judicial mediation can be accessed from all civil and commercial courts, at all instances, at any stage of litigation.

5. The mediation process is under the judge control, because he proposes the mediation, chooses and appoints the mediator, sets the duration of the mediation process and the date when case should come back to court. The judge determines and allocates the costs of the mediation. The judge can be informed by the mediator about any difficulties arising during the mediation process. Moreover, he can terminate the mediation at any time when the proper conduct of mediation appears compromised. Finally, if the mediation fails the judge decides the dispute.

Court-annexed mediation is the specific process, with particular procedures and rules, which determines how the parties, the judge and the mediator should act. Let us review them.

In case of court-annexed mediation, the judge is obliged to inform parties about the possibility to solve their dispute in the amiable way. For this purpose, the judge in France can send either a letter, addressed to parties and containing information about mediation, or a questionnaire, which parties should fill and return to the court [17]. In fact, court-annexed mediation may be suggested by the judge and applied if parties will give their consent. Moreover, the parties may propose mediation to the judge. If they both wish to mediate – the judge cannot refuse; he must order court-annexed mediation. According to the Art.131-15 of the Code of Civil Procedure the mediation order made by the judge is a procedural measure and it cannot be appealed. The judge's decision covers several aspects of the future mediation: the appointment of the mediator, the period of mediation and the date when the dispute should be referred back to court, the amount of money the parties should pay for the mediation and conditions of its deposit at the office of the court. There are three ways of selection of the mediator: 1. One party may propose him and another party may accept. 2. Parties can choose the mediator together. 3. The judge can recommend the mediator and parties may give their consent. In all these cases, the mediator is always appointed by order of the judge. According to Art.131-4 of the Code of Civil Procedure the mediator should be a natural or legal person. If a legal person is appointed it means that it proposes its mediator to the judge. The mediator must not be convicted or legally incapacitated and must not be subject to any professional disqualification. The mediator must

possess the qualification which is required for the nature of the dispute or demonstrate an experience in mediation.

To understand how this system works in real life we can give an example. The judge can appoint the CMAP. Based in the recommendation of the Commission de Mediation et d'Arbitrage or, in the event of an urgent matter with the approval of the Commission's chairman, the Centre submits the names of three mediators to the judge. The judge selects the most appropriate candidate, according to the nature of the case. That mediator is then responsible for the mediation which he carried out under CMAP's protection and in its name as legal person. Mediators recommended to judge must satisfy the following requirements [18]:

1. Not have a criminal record.
2. Not have acted contrary to honour, probity and morals resulting in a disciplinary or administrative decision to dismiss, remove, revoke or withdraw approval or authorization.
3. Possess the necessary qualifications with regard to the subject of the dispute.
4. Prove that they have the training and experience necessary to conduct mediation (CMAP in also a center for the training and the certification).
5. Demonstrate the independence of the mediator, necessary to conduct mediation.

After the judge selected the mediator, he should inform parties and this mediator about his decision. The mediator will receive the judge's order, he must accept his appointment and inform the judge about it. After the mediator is informed that the deposit (mediation fee) is received he calls the parties to a meeting, hears them and addresses their positions and points of view and work with them to develop a solution to their dispute. The mediator has no investigation power and may not simultaneously serve as an expert in the conflict. Nonetheless, with the agreement of the parties and if it is necessary for the aim of the mediation, the mediator can hear third party. The first session of mediation is very important: it helps to create the climate of trust. During this time the mediator makes introductions and explains the nature of the mediation to be carried out, the principles of mediation and the confidentiality obligations. He also sets the negotiation calendar. Moreover, in this session the parties present their positions and exchange their documents. In accordance with the Practical guide for the judicial mediation and conciliation in France established by The European Association of Judges for Mediation (Groupement européen des magistrats pour la mediation), the mediation is divided into three phases:

1. Determination and declaration of the respective positions of the parties.
2. Definition and communication of the interests, wishes, needs of each party.
3. Finding a common solution that satisfies all parties.

During mediation process sometimes it is necessary to meet with one party separately (for example, in conflict where there are trade secrets), but for this the mediator should receive the consent from both parties. Moreover, separate meetings with the mediator are useful to avoid excessive stress or harsh confrontations between the parties. In France this individual meeting is called "caucus" [19].

Results

Judicial mediation is confidential with the respect to the judge and third parties. The mediator cannot disclose any information to the judge without the parties' consent (such as the observations, proposals, statements produced during the mediation process). The mediator tries to resolve the conflict amicably within three months. This period can be renewed by the judge for the new three months. As we mentioned above, the mediator must notify the judge of any problems encountered during the mediation. When the mediation concludes, the mediator informs the judge in writing, if the parties have reached a solution. If mediation fails, the judicial proceeding resumes. If it has the positive result - the agreement between parties - the proceeding terminates and the parties may submit their agreement to the judge for ratification, which makes it enforceable. There are several technical solutions to write the parties' agreement: it may only contain facts or hold a simple compromise; it may be drawn as a settlement if the parties have made mutual concessions; the record may eventually constitute a mediation agreement. When the mission concludes, the judge issues an order setting the CMAP mediator's final compensation. The parties should decide how to distribute the costs and if they cannot agree, the costs are shared equally unless the judge will consider another.

Conclusion

Mediation is an alternative way of resolving disputes where a mediator helps the parties to reach an agreement. In France, the government and professionals are mindful of the advantages of mediation.

Despite the considerable quantity of laws which regulates mediation (in the European Union level, in the French legislative level, in different branches of law - family, civil, commercial, labor etc.) there is still the question of the distinctive criteria between mediation and conciliation. Scholars have two points of view: on the one hand, mediation and conciliation are the same processes. On the other hand, they are two different processes.

There are two forms of mediation in France: court-annexed and contractual mediation. Court-annexed is initiated by proposal of the judge (sometimes of the parties) with the consent of the parties. The judge chooses the mediator and all the process is placed under the judge's control. Contractual mediation is largely based on the free will of the parties and on the corresponding rules of a mediation center if parties call on this service.

Примечания:

1. Klaus J. Hopt, Felix Steffek, *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013.
2. Béatrice Brenneur. *Overview of Judicial Mediation in the World: Mediation, the Universal Language of Conflict Resolution*, 2010.
3. Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52002DC0196> (Accessed 15/12/2015)
4. Directive 2008/52/EC // OJ. L 136. 24 May 2008.
5. European Code of Conduct for Mediators // URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf (Accessed 15/12/2015)
6. Association for International Arbitration. *European Mediation Training for Practitioners of Justice: A Guide to European Mediation*, 2012.
7. Directive 2013/11/EU // OJ. L 165. 18 June 2013.
8. Regulation (EU) No 524/2013 // OJ. L 165. 18 June 2013.
9. Code de procédure civile // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716> (Accessed 15/12/2015)
10. Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires // URL: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?cidTexte=JORFTEXT00000730803&idArticle=LEGIARTI000006498828> (Accessed 15/12/2015)
11. Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804839> (Accessed 15/12/2015)
12. Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926> (Accessed 15/12/2015)
13. V. B. Gorchs—Gelzer, *Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation : Dr. et pros.* 2012.
14. Guillaume-Hofnung Michèle. *La médiation*, 1995.
15. *Statistiques 2014 du CMAP* // URL : <file:///C:/Users/Admin/Downloads/2015-06-01-Stats-2014-VF.pdf> (Accessed 15/12/2015)
16. Institut d'Expertise d'Arbitrage et de Médiation // URL : <http://www.ieam.eu/> (Accessed 15/12/2015)
17. Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation. *Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires*, 2012.
18. The Centre for Mediation and Arbitration of Paris (CMAP) // URL : <http://www.cmap.fr/> (Accessed 15/12/2015)
19. J. Folberg, D. Golann, T. J. Stipanowich, L. Kloppenberg. *Resolving Disputes: Theory, Practice and Law*, Wolters Kluwer, 2010.

УДК 347.469.1

Судебная и договорная медиация во Франции

Ирина Валерьевна Найнодина

Университет Тулузы, Франция
2 Rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse
E-mail: i.nainodina@gmail.com

Аннотация. Статья посвящена двум формам медиации, существующим во Франции: судебной медиации (медиации, осуществляемой при суде) и договорной медиации. Представлено право Европейского Союза и французское законодательство, регулирующие эти две формы. Проанализированы положения Директивы 2008/52/СЕ, ГПК, модифицированного закона от 8 февраля 1995 года. Особое внимание уделено описанию судебной и договорной медиации, их различиям, условиям их применения. Кроме того, нами анализируется процедура судебной медиации и порядок ее проведения в Центре медиации и арбитража в Париже. Также поднимается вопрос о характерном критерии различия между медиацией и согласительной процедурой.

Ключевые слова: Франция, медиация, судебная медиация, договорная медиация, регулирование.

Copyright © 2015 by Academic Publishing House *Researcher*



Published in the Russian Federation
Russian Journal of Comparative Law
Has been issued since 2014.

ISSN 2411-7994

E-ISSN 2413-7618

Vol. 6, Is. 4, pp. 147-160, 2015

DOI: 10.13187/rjcl.2015.6.147

<http://ejournal41.com>



UDC 341

Italian Doctrine of International Law in Comparison with the Russian Doctrine

Vladimir M. Shumilov

All-Russia Foreign Trade Academy of the Ministry of economic development of Russian Federation, Russian Federation
4a, Pudovkin street, Moscow, 119285
Doctor of law sciences, professor
E-mail: choumilov-vavt@mail.ru

Abstract

In the article it's given the analysis of the Italian doctrine of International Law and of the famous universities' manuals on International Law which reflect this doctrine. Special attention is dedicated to the notion "International Law", to its role in international relations, to the international customs, accords, principles, system of International Law, to the some branches of International Law and to the practice of its application, as always as to the structure and content of the manuals on International Law. The study of the Italian doctrine of International Law is made on the background of the Russian doctrine of International Law and the views and opinion of Russian lawyers, professors.

Keywords: International Law; Italian doctrine; Russian doctrine.

Введение

Во втором десятилетии XXI века выясняется, что международное право (далее МП) как явление реальности по-разному понимается, толкуется и применяется государствами; зачастую международное право просто игнорируется, отбрасывается. США, например, растоптав все основополагающие принципы МП (в нашем понимании принципов) продолжают выставлять себя правовым государством и защитником международно-правовых устоев. Европейские государства более-менее одинаково толкуют международно-правовые институты, касающиеся защиты прав человека, но толкуют в своих односторонних интересах, основываясь на двойных стандартах. В том, что касается понимания международного права, его происхождения, системы, механизма функционирования, роли МП, эффективности его норм, целесообразности их применения и т.п., – в научной, образовательной и прикладной (внешнеполитической) средах царит большой разброс мнений и взглядов. Можно утверждать, что в мире нет общей доктрины МП. По этой причине объективной необходимостью становится изучение национальных доктрин МП. Рассмотрим итальянский научный взгляд на международное право – на отдельные его аспекты и проблемы.

Понятие МП. Итальянская доктрина так раскрывает понятие *международного права*: МП – это право *сообщества государств*, или международного сообщества («*comunita degli Stati*»). Используется также термин «режим» (*ordinamento*): МП – это *режим* сообщества государств/ международного сообщества. По этой причине-де нет необходимости прикреплять к словосочетанию «международное право» слово «публичное»; такое определение искажает картину; МП не является ни публичным, ни частным.

Утверждается, что данный комплекс норм образуется в надгосударственном порядке и обязывает государства сотрудничать с другими государствами, привести свое внутреннее законодательство в соответствие с международным правом. Конституция Италии (статья 10) предусматривает, что «внутренний правопорядок в Италии подчиняется общепризнанным нормам МП».

Формально МП регулирует *отношения между государствами*, но в реальности – не только «отношения между государствами» (*interstatali*), но и, якобы, отношения «межличностные» (*interindividuali*). Российская доктрина уже дала ответ на подобную позицию, которая, по сути, расширяет предмет МП и меняет саму его природу [8, С. 325-330; 22, С. 231-233]. Частные лица – индивиды, юридические лица – не являются и не могут являться субъектами МП. С другой стороны, усиливающееся взаимодействие МП и национального права государств мира неуклонно ведет к некоему неразрывному двуединству этих систем права. Такое двуединство можно назвать *глобальным правом*, и в нём можно будет рассматривать частных лиц как субъектов *глобального права* [9, С. 68-87].

Итальянские ученые утверждают, что взгляд на МП как систему норм, которые государства сами формулируют и сами добровольно исполняют, – устарел. МП как «право самоограничения» закончилось. Необходимо уходить от свободы принимать или не принимать на себя какие-либо международные обязательства. Неспособность сообщества государств принудить отдельные государства («великие державы») к соблюдению международных норм заставляет задуматься: а является ли МП собственно *правом*. Пока обязательность МП обеспечивалась и обеспечивается государствами посредством внутреннего права. Так, договоры, заключаемые Италией, становятся предметом законов, которые обязывают применять договоры. Получается, что соблюдение МП зависит прежде всего от судей, поскольку они обеспечивают и гарантируют соблюдение МП, его верховенство над правом внутригосударственным. Неэффективность МП проявляется также и в том, что разрешение межгосударственных споров осуществляется преимущественно арбитражными методами, а в международных судах – с согласия государства-ответчика на юрисдикцию суда. Поэтому-то государства вынуждены сами охранять себя; *предохранительная* функция МП всецело покоится на праве «самозащиты» (*autotutela*). Право международного сообщества по-прежнему остается «правом управляющих», а не «правом управляемых».

Очевидно, что в своих теоретических построениях, рассуждениях и рекомендациях лишить государства свободы возложения на себя обязательств (и обеспечить свободу привлечения государств к международным судам) итальянская доктрина напрямую обслуживает интересы западной цивилизации: современное международное право в своей сущностной основе создавалось крупными европейскими государствами и США. В период биполярного мироустройства – существования СССР – сосуществовали две мировые системы и две системы МП. С распадом СССР западная модель МП, на основе которой регулировались отношения «капиталистического мира», стала глобальной. Современное МП – это преимущественно МП Запада. На его основе Запад стремится осуществить глобализацию и закрепить ее итоги. Задача России – трансформировать «МП Запада» в равноправное «МП для всех стран»; внедрить в систему МП нормы, институты и отрасли, которые в равной степени отвечали бы интересам всех стран, а не только стран Запада [10, С. 44-50]. МП может стать «правом управляемых» только тогда, когда международное сообщество (сообщество народов) станет субъектом *глобального права*, когда сложится новое – многополярное – мироустройство.

Соотношение МП и МЧП. Итальянская доктрина четко разграничивает МП и *международное частное право*: МЧП, согласно теоретической аргументации, не стоит над государствами, не является правом сообщества государств; МЧП указывает, когда должны применяться *национальные* нормы внутригосударственного права, а когда – нормы

иностранного внутреннего права. Приводится пример: норма МЧП, содержащаяся в Гражданском кодексе Италии гласит: «Правосубъектность физических лиц определяется их национальным законодательством» (ст. 20 ГК). Это означает, что итальянский судья в отношении вопроса о правосубъектности физического лица применит нормы ГК и других итальянских законов, если данное лицо – гражданин Италии. Если же лицо окажется иностранцем, итальянский судья применит соответствующее иностранное право. МЧП принадлежит к внутреннему правопорядку, тогда как МП – к правопорядку сообщества государств.

При этом к МЧП относятся нормы, которые отделяют не только гражданско-правовую, но и публично-правовую сферу внутреннего правопорядка от правопорядка международного. В связи с этим к МЧП, например, будут относиться нормы, указывающие, в каких случаях внутренний уголовный закон применяется к преступлениям, совершенным иностранцами, или совершенным за пределами национальной территории. Особенность лишь в том, что в публично-правовой сфере государства стремятся по максимуму возможного исключить применение иностранного права.

Российская доктрина в основном разделяет изложенную точку зрения о разграничении МП и МЧП, пусть и с другими обоснованиями. Вместе с тем, некоторые российские ученые – так же, как и некоторые зарубежные, – утверждают, что МЧП – часть МП [11, С. 75-77]. Если смотреть на эту проблему сквозь призму концепции *глобального права*, то видно, что при взаимодействии МП и национального права происходит «передача» под международно-правовое регулирование всё новых и новых групп отношений, носящих «внутренний» характер; многие проблемы, проистекающие из внутренней жизни государств, – интернационализируются, т.е. требуют международного рассмотрения и решения. Интернационализируются проблемы как частноправового, так и публично-правового характера. Одной из таких проблем является проблема коллизий национальных норм различных государств; когда такую проблему нельзя разрешить в рамках национального права, на «помощь» приходит международное право. Таким образом, МП «затянуло» под свою юрисдикцию проблематику коллизий, наряду с другими группами отношений. Проблема соотношения МП и МЧП – лишь частный случай взаимодействия МП и внутреннего/национального права; обе эти системы усиливают взаимное проникновение по широкому фронту отношений. И это тоже проявление тенденции на формирование *глобального права*.

Источники МП. В соответствии с общим взглядом на международное право итальянские ученые выстраивают и перечень источников МП. В него включены, как и должно быть, международные договоры и международные обычаи. Указывается, что международно-правовой обычай (*consuetudine*) в международном правопорядке представляет собой первичный источник – «источник первого уровня». Общепризнанные нормы имеют обычно-правовой характер: они сформировались благодаря повторяющейся практике. Среди норм международно-правового обычая много норм «вспомогательных», «технических» (*strumentali*), т.е. таких норм, которые регулируют действительность и действие договоров – «источников второго уровня». Помимо международно-правовых обычаев общего характера, существуют и партикулярные обычаи. Иерархия обычая и международного договора сравнивается с иерархией закона и договорного права в национальной правовой системе. Итальянская доктрина фиксирует, что основная масса отношений регулируется международными договорами, а общее МП остается бедным. Такое положение ведет к анархии отношений в международном сообществе.

Помимо обычаев и международных договоров, юристы-международники Италии выделяют «источники третьего уровня»: акты (*procedimenti*), предусмотренные договорами, в частности акты, принимаемые международными организациями или органами межгосударственных объединений (в частности, акты органов ЕС). Италия, подписав в 1957 году Римский договор об учреждении Европейского Экономического Сообщества (ЕЭС), тем самым взяла на себя обязательство исполнять решения органов ЕЭС (теперь – ЕС).

О международно-правовых обычаях. Рассуждения итальянских ученых о международно-правовом обычае и его роли представляют интерес, поскольку западной науке МП в целом очень свойственно акцентировать внимание на обычаях как источнике права. Как и российская доктрина, международно-правовая наука Италии различает два

элемента обычая: а) повторяющееся поведение – практика (*diuturnitas*); б) юридически обоснованное убеждение в обязательности такого поведения (*opinio juris sive necessitatis*). Многие ученые считают, что достаточно и одного - первого – элемента.

Поведение, идущее вразрез со сложившейся обычно-правовой нормой, может означать: а) отрицание сложившейся ранее нормы (*desuetudine*), создание прецедента в целях образования новой нормы; б) нарушение МП (а, как известно, нарушение права не создают норм; из противоправных действий не может сложиться международно-правовой обычай). В этом случае государства так или иначе реагируют на нарушение.

Формирование международно-правовых обычаев происходит под воздействием: а) «внешних» актов государств (договоры, дипломатические ноты, действия в международных органах); б) «внутренних» актов (законы, судебные решения, подзаконные акты).

Общее МП состоит, главным образом, из обычаев, и они обязательны для всех государств, независимо от того, участвовали или не участвовали государства в создании обычно-правовых норм. Бывает, что общий международно-правовой обычай оспаривается одним государством («постоянным оппонентом» - *persistent objector*), в таком случае его позицию можно игнорировать. Если же противодействует обычной норме группа государств, то под сомнение ставится само существование общей обычно-правовой нормы. Некоторые развивающиеся государства оспаривают обычаи, сложившиеся в колониальный период, и пытаются модифицировать общее МП через резолюции Генеральной Ассамблеи ООН – мягкое право, которое дает определенный эффект правомерности, легитимности [12, С. 20-58].

Считается, что резолюции ГА ООН в форме Деклараций являют собой инструмент образования новых международных обычаев, особенно если принимаются единодушно, консенсусом или даже только преобладающим большинством голосов; некоторые Декларации или их части сопоставимы с собственно договорами: в них, как правило, фиксируются те или иные международно-правовые принципы, нарушение которых приравнивается к нарушению Устава ООН. В этом смысле Декларации (или их части) можно приравнять к договорам в простой форме и считать их обязательными для государств, которые голосовали за Декларации.

Общее международное обычное право давно и постоянно подвергается кодификации (Гаагские конвенции 1899 и 1907 гг., посвященные правилам войны), в том числе в рамках ООН.

Итальянская доктрина не приняла точку зрения представителей британской школы о том, что в качестве неписаного источника всех норм МП является «справедливость» (*equitas*), общее представление о том, что справедливо, а что – несправедливо. С одной стороны, «норма справедливости» в современном мире вряд ли поможет сформулировать право или обязанность государства, восполнить пробелы в МП. С другой стороны, некоторые решения международных судов применяют понятие «справедливости». Возможно, такое положение объясняется тем, что при взаимодействии англосаксонского и романо-германского менталитетов англосаксонское правосознание легче проникает в процессуальную сферу МП.

Для подтверждения наличия обычно-правовых норм чаще всего используются международные договоры. Договоры также помогают становлению новых обычно-правовых норм в отношениях между государствами-участниками. Обычаи могут заменяться нормами договорами, и в этом случае договорные нормы будут носить характер *ratione personarum*, т.е. связывать только участников договора. Обязательность норм договора основана на международно-правовом обычае *pacta sunt servanda*. Нормы международного договора не должны и не могут противоречить императивным нормам общего МП (*jus cogens*). В то же время ни доктрина, ни практика не дают критериев того, что считать нормами *jus cogens*. По мнению итальянских ученых, сложился международно-правовой обычай, в силу которого таковыми являются принципы Устава ООН.

Российская доктрина с осторожностью воспринимала взгляды западных школ на международный обычай как источник МП [13, С. 129-167; 24]. Российские ученые более точно расставляют акценты применительно к международным обычаям и к взаимодействию договорного и обычного процессов [14, С. 51-57].

Общие принципы права. Итальянская доктрина обращает пристальное внимание на так называемые «*общие принципы права*». На них указывает статья 38 Устава ООН в ряду источников. Советская доктрина МП практически полностью игнорировала эту тему; в российской доктрине осмысление данного явления идет на основе и в русле западной школы [15, С. 75].

Под «*общими принципами права*» понимаются некие юридические максимы, применимые как к национальным системам права, так и к МП. Они используются для обоснования логики правовых решений, в сфере правосудия. С их помощью иногда восполняются пробелы в договорном или обычно-правовом регулировании, задействуются в конкретных случаях приемы «аналогии права». Примерами могут служить правила: «последующая норма отменяет предыдущую»; «специальная норма имеет приоритет перед общей нормой»; *ne mo judex in re sua; ne bis in idem* - и т.п.

В 1967 году Конституционный суд Италии принял решение по делу о несоответствии Конституции статей Уголовного кодекса, позволяющих осудить в Италии человека, уже осужденного в другой стране за преступления, совершенные в Италии. В решении было указано, что подобное положение противоречит «общему принципу права» *ne bis in idem*.

Считается, что международное обычное право запрещает только *грубые* правонарушения, например в сфере прав человека – геноцид, апартеид, пытки, то посредством «общих принципов права» сфера регулируемых международным обычным правом отношений по поводу защиты прав человека расширяется. Итальянские международники квалифицируют «общие принципы права» как международные обычаи *sui generis*, которые постепенно встают в один ряд с международно-правовыми нормами.

Российская научная доктрина более осторожно подходит к квалификации «общих принципов права». Отмечается, например, что «общие принципы права» долгое время не играли особой роли в МП; положение изменилось, когда в качестве «общих принципов» стали утверждаться основные права человека; «общие принципы» содействуют унификации конституционного права государств. Некоторые «общие принципы права» неприменимы к МП: так, принцип «надлежащим судом считается суд, учрежденный законом» не может быть реализован в международно-правовой сфере [16, С. 126-129].

Право международных договоров. Западная доктрина вообще и итальянская в частности исходят из того, что процессы заключения и действия договоров основаны на международных обычаях. Именно эти обычаи и составляют *право международных договоров*. В своё время указанные обычаи были кодифицированы – так появилась Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года (Италия ратифицировала её в 1974 году). Вместе с тем, в ходе работы над Конвенцией в неё было включено много новых норм (значительная их часть носит процессуальный характер): о сроках по возражениям в отношении оговорок, об условиях недействительности или прекращения договоров и др. Следовательно, Конвенция содержит два вида норм: а) нормы, происходящие из общего обычного права, – они распространяются на все государства и на все договоры; б) «новые» нормы – они действуют только в отношениях между государствами-участниками Конвенции; учитывая, что Конвенция применяется только к договорам, заключенным после вступления Конвенции в силу для соответствующих государств (ст. 4), «новые» нормы Конвенции не обладают ретроактивным характером. Данное обстоятельство делает задачу применения норм Конвенции не очень простой.

Для Италии практически важен вопрос о договорах, заключаемых областями страны с регионами других государств. Отдельные области Италии имеют договоры: с землями ФРГ, областями Сомали, штатами Мексики, провинциями Китая, и даже с некоторыми государствами Восточной Европы, например с Чехией. В этих договорах содержатся положения, касающиеся вопросов туризма, организации ярмарок и выставок, сельскохозяйственной проблематики. Международные связи регионов были отрегулированы Декретами Президента в 1977 и в 1994 гг., а также решениями Конституционного суда: для заключения договоров с регионами других государств необходимо предварительное разрешение правительства Италии. Разрешается заключение двух видов договоров: а) договоров о локальных вопросах экономического, социального и культурного сотрудничества; такие договоры влекут ответственность государства в определенном объеме; б) договоров, касающихся «деятельности международного

характера» (обмен информацией и т.п.); по таким договорам государство не несет ответственности.

Выделяется отдельно группа региональных договоров, которые заключаются в исполнение межгосударственных договоров, например о приграничном сотрудничестве. Считается, что юридическая сила таких межрегиональных договоров проистекает из межгосударственного договора, а сами межрегиональные договоры в классификации источников МП занимают в данном случае место источников «третьего уровня».

В России международным договорам как источникам МП и праву международных договоров посвящена обширная литература, отдельные труды [17]. Тщательно проанализированы все статьи Венской конвенции о праве международных договоров. Главы, посвященные праву международных договоров, размещены либо в Общей части вузовских курсов МП, либо в начале Особенной части. Учитывая, что Конвенция содержит очень много – возможно, даже преобладающее большинство, – норм, которые можно отнести к *процессуальным* нормам МП, место нормативного массива Конвенции – скорее всего в Процессуальной части МП.

Что касается межрегиональных договоров, эта тема актуальна и для России как федеративного государства. Субъекты федерации не являются субъектами МП, они не вправе самостоятельно заключать международные договоры (можно добавить: и иметь такого права не должны, поскольку это опасно для территориальной целостности страны). Вместе с тем, Конституция предусматривает возможность делегирования федеральным центром некоторых прав субъектам федерации, в том числе права на заключение международного договора. Кроме того, по согласованию с МИДом субъекты РФ могут заключать договоры с субъектами других федераций или с регионами унитарных государств, и подобного рода договоры в России собственно международными договорами не считаются. Это – административно-правовые договоры, или договоры международного характера [18, С. 66].

Государство и МП. Суть итальянской доктрины: основная идея всего МП (его обычно-правовой и договорной частей) состоит в том, чтобы охранять территориальный суверенитет государства, с одной стороны, и установить пределы применения силы со стороны государства как вовне, так и внутри своей территории, – с другой стороны.

Территориальный суверенитет предполагает, что государство обладает юрисдикцией осуществлять свою власть над индивидами, находящимися на его территории, и над их имуществом; использовать свои природные ресурсы. Обычно-правовая норма о территориальном суверенитете разграничивает национальные юрисдикции, а сам территориальный суверенитет защищен фундаментальным принципом МП – запретом на применение силы и угрозы силой.

Из международного обычая проистекает норма, обязывающая государства не совершать действий, влекущих вред другим государствам (их кораблям в открытом море и самолетам в воздушном пространстве над открытым морем).

Территориальный суверенитет предполагает также невмешательство других государств во внутренние и внешние дела любого государства, однако содержание принципа невмешательства, как утверждает доктрина, оказалось трудно определить; он потерял свою автономность; его «перекрыли» другие принципы МП.

Современное МП всё глубже проникает в вопросы, которые когда-то считались внутренним делом государства. Итальянская доктрина констатирует: сфера внутренней компетенции (*dominio riservato*) современных государств существенно уменьшилась. У государств нет свободы действий, например, в отношении иностранцев, иностранной собственности. В договорном порядке свобода действий государства на собственной территории ограничена, в частности, в таких вопросах, как: права человека; сотрудничество государств в целях развития; либерализация внешней торговли; региональная экономическая интеграция; антимонопольное законодательство; права на интеллектуальную собственность; унификация частного права (гражданского и торгового права); экстрадиция, правовая помощь, взаимное признание судебных и арбитражных решений; налогообложение и др.

Одновременно международное право налагает на государства всё новые и новые обязанности: защищать иностранцев и их имущество на своей территории; не наносить

Итальянское правосудие долгое время (особенно после первой мировой войны) придерживалось принципа «абсолютного иммунитета», но постепенно пришло к принципу «ограниченного (или «относительного», «функционального») иммунитета», который сегодня можно считать общепринятым. Согласно принципу «ограниченного иммунитета» государство не подлежит гражданско-правовой юрисдикции другого государства в случае, если осуществляло публичные функции, и, наоборот, не имеет иммунитета, если осуществляло действия частного характера в коммерческих целях (купля-продажа недвижимости в порядке инвестиций, выпуск облигационных займов и т.п.).

Следует отметить, что СССР долго и прочно стоял на позициях абсолютного иммунитета, в постсоветской России начался отход от теории абсолютного иммунитета, который можно считать завершившимся с принятием в октябре 2015 года федерального закона «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации» [19]. Таким образом, уходит в прошлое еще одно концептуальное противостояние двух подходов в практике международных отношений: теория и практика абсолютного иммунитета уступила место теории и практике ограниченного (функционального) иммунитета.

Другая проблема, стоящая перед международно-правовой наукой и внешнеполитической практикой (и еще не решенная) – это принятие в США законов, обладающих экстратерриториальным действием. Итальянские ученые обращают внимание на антитрестовское законодательство США и практику торговых бойкотов/эмбарго. Односторонними актами и действиями США возлагают обязательства на предприятия (юридические лица), находящиеся за пределами страны по всему миру, угрожая и предприятиям, и странам в случае нарушения их законов применением разного рода «санкций» против их имущества, активов, прав и интересов. В университетских учебниках приводятся примеры эмбарго, примененного США в отношении газопровода из СССР в Европу (1981–1982 гг.); Закона Хэлмса – Бэртона 1996 года «Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act» [25], запретившего, по сути, экономическое взаимодействие с кубинскими предприятиями; законы, грозящие зарубежным предприятиям «санкциями» за сделки с предприятиями Ирана, Ливии, и др.

Итальянская доктрина отмечает, что международное обычное право запрещает распространять юрисдикцию государства на иностранцев при отсутствии адекватной связи с данным территориальным сообществом. На этом основании Европейский Союз противодействует практике США (например, Регламент Совета ЕС № 2271/96 от 22 ноября 1996 года).

Российская доктрина крайне отрицательно относится к противоправной практике США, которые распространяют свою юрисдикцию за пределами своей территории в вопросах, представляющих предмет общего – международного – регулирования, либо являющихся внутренним делом других государств. Получается, что США подменяют в решении интернационализированных вопросов международно-правовые средства на свои национальные законы; подменяют международное право национальным законодательством и судебной практикой. Это – в чистом виде проявление международно-правового нигилизма. А когда экстратерриториальная юрисдикция законов США попирает принцип невмешательства во внутренние и внешние дела других государств, законы США превращаются в инструмент экспансии, имперское проявление силы.

Народы и право на самоопределение. Итальянская доктрина твердо придерживается принципа, в соответствии с которым закрепляется право народов на самоопределение. Этот принцип, по мнению итальянских ученых, является обычно-правовой нормой когнитного характера. Ими отмечается, что часто в международно-правовой литературе слово «народ» используется в переносном смысле (*in modo enfatico*); на самом деле имеется в виду «государство». Однако в случаях самоопределения слова «народ» и «государство» – не совпадают, поскольку речь заведомо идет об «управляемых», а не об «управляющих».

В то же время итальянские ученые затрудняются вычленить юридическое содержание данного принципа; утверждают, что практика его применения представляется ограниченной. По их мнению, этот принцип нацелен на самоопределение народов, находящихся под *иностранным* управлением («внешнее самоопределение» –

autodeterminazione esterna), под колониальным господством, а также на территориях, захваченных и удерживаемых силой (в качестве примера приводятся арабские территории, захваченные Израилем после 1967 года).

С другой стороны, образующееся в результате самоопределения государство, согласно МП, должно пользоваться поддержкой большинства народа, должно формироваться путем свободных выборов («внутреннее самоопределение» – autodeterminazione interna). Образующееся государство, если оно имеет поддержку большинства народа, вправе защищать себя, при необходимости – даже силой, вооруженным путем.

Российская доктрина МП более точно, системно и комплексно рассмотрела проблематику принципа самоопределения народов – во всей его противоречивости и в привязке к другим принципам МП.

Теория международного правонарушения. Интерес представляет теоретический взгляд итальянских ученых на факт правонарушения в МП. Они задаются вопросом: что такое противоправный факт в международном праве (*fatto illecito internazionale*)? Каковы его элементы? Ими выделяются *субъектный* и *предметный* элементы правонарушения. Субъектами правонарушения могут быть орган или органы государства – законодательной, исполнительной или судебной ветви власти как в центре, так и в регионах страны. Органом государства считается и любое должностное лицо, которое наделено властными полномочиями. Государство несет ответственность также и за действия органа, который, совершая правонарушение, превысил свои полномочия, как они определены внутренним правом. Государство несет ответственность и за противоправные действия частных лиц в отношении иностранцев, иностранной собственности и иностранного государства, если не расследует действия частных лиц и не наказывает их.

Предметный (или *предметно-объектный*) элемент правонарушения – это противоправное поведение органа государства. В этой связи различают, например, два вида правонарушения: а) один вид правонарушения представляет собой нарушение обязанности обеспечить *результат*; б) другой вид – нарушение обязанности использовать определенные *средства*.

Примером обязанности, ориентированной на средства, является обязанность подводных лодок, находясь в территориальном море иностранного государства, плыть в надводном положении. Примером обязанности, ориентированной на результат, может служить обязанность обеспечить защиту иностранцев. Преобладающая часть МП, особенно нормы международных обычаев, ориентированы на результат.

Проблематикой международных правонарушений и международной ответственности государств с 1953 года занималась Комиссия международного права ООН, завершившая работу над проектом конвенции об ответственности государств.

Российская доктрина МП также традиционно большое внимание уделяет правонарушениям, их классификации, анализу. Вместе с тем, отдельные детали, касающиеся теории правонарушений в российской международно-правовой литературе, изложены по-иному, но в любом случае – глубже, основательнее.

Международное правосудие. Не менее интересны рассуждения итальянских ученых по поводу международных споров и международного правосудия. Существо их взглядов сводится к следующему. Государства имеют право вынести любой свой спор в соответствующий международный суд. Международный спор – это разногласие по поводу юридического или фактического обстоятельства, столкновение юридических позиций либо интересов между субъектами МП. Не существует споров, заведомо неприемлемых для процедур правосудия.

Международный спор *юридический* отличается, по мнению некоторых юристов, от международного спора *политического* тем, что в политическом споре стороны стараются не столько опереться на международное право, сколько изменить его в свою пользу.

Международное правосудие и международный процесс в современном мире носит, главным образом, арбитражный характер. Некоторые международные суды ограниченной компетенции не меняют картину; они тоже по существу являются арбитражами (за отдельными исключениями вроде Суда ЕС). Ни один международный судья не может вынести решения, если его юрисдикция предварительно не принята сторонами спора.

Институт международного судопроизводства/арбитража проделал заметную эволюцию во второй половине XX века, хотя и не затронул фундаментальной основы – добровольного характера обращения к международному правосудию.

Прежняя практика обращения к международному арбитражу была следующей. В случае спора между государствами спорящие стороны заключали арбитражное соглашение (так называемый «арбитражный компромисс»), назначали арбитра, которым мог быть глава какого-либо государства, или коллегия арбитров, формулировали некоторые процедурные правила и брали обязательство уважать вынесенное решение. Решение зачастую содержало только резолютивную часть и вовсе не содержало мотивировочной части. Современный международный арбитражный (судебный) процесс ушел заметно дальше: формализованы требования к форме арбитражного решения, более детализированным стало арбитражное соглашение, произошла институционализация арбитражных коллегий. Так, например, Международный суд ООН представляет собой очень высокую степень институционализации всех сторон международного процесса: в нем действует постоянный корпус судей, существуют жесткие правила процедуры, которые не могут быть изменены сторонами спора. Однако и здесь споры рассматриваются лишь в том случае, если на это согласны стороны спора.

Российская доктрина только в последние годы обратила более пристальное внимание на процессуальную часть международного права и на деятельность международных судов. В российских учебниках по МП, за редким исключением, и сегодня нет глав, посвященных Процессуальной части МП, а без процессуальных норм материальные нормы – бессильны.

Некоторые другие аспекты доктрины. Целесообразно обратить внимание на некоторые другие детали итальянской научной доктрины, которые касаются отдельных групп правоотношений – в различных секторах международной системы.

В целом подходы итальянских ученых к международно-правовому регулированию деятельности международных организаций, а также деятельности государств в регулируемых международным правом территориальных пространствах совпадают с российской доктриной. Можно было бы, однако, привлечь внимание к некоторым аспектам и моментам.

Так, например, раскрывая вопрос о правосубъектности международных организаций, итальянские ученые отмечают, среди прочего: а) учредительные акты международных договоров зачастую предусматривают право принимать решения, обязательные для государств-участников; такие решения представляют собой источники права «третьего уровня» - источники, вытекающие из договора; б) передача государствами полномочий международным организациям, которые принимают обязывающие решения, *ограничивает государственный суверенитет*.

Применительно к международному воздушному праву ученые обращают внимание на новые обычаи: с увеличением скорости летательных аппаратов появилась практика установления так называемых «зон идентификации» – зон, находящихся за десятки и сотни километров в воздушном пространстве над открытым морем, примыкающих к побережью государства. Прибрежные государства требуют от направляющихся в их сторону иностранных воздушных судов, чтобы они идентифицировали себя и стали под контроль наземных служб. В противном случае такие воздушные суда принуждаются к посадке или даже могут сбиваться.

Применительно к международному космическому праву итальянские ученые обратили внимание на ограниченность ресурсов космоса. Пример такой проблемы связан с геостационарной орбитой. На этой орбите можно разместить, максимум, 1800 спутников. Если руководствоваться принципом «первого пришедшего» (кто запустил спутник на орбиту, тот и пользуется ей), то игнорируются права и интересы других государств, которым тоже необходимы возможности геостационарной орбиты. Следовательно, государства обязаны координировать этот вопрос; он – объективно интернационализирован и требует коллективного (а не одностороннего) решения. В прошлом группа экваториальных государств попыталась монополизировать деятельность на геостационарной орбите, установить свой суверенитет над ней; они выступили с Боготской декларацией 1976 года, однако декларация встретила противодействие большинства государств и не имела конкретных последствий.

Применительно к арктическим пространствам, итальянские ученые подчеркивают: полярные пространства Земли не подпадают под суверенитет ни одного государства, хотя претензий на них много. Доктрина полярных секторов, в соответствии с которой государства, примыкающие к полярному кругу, обладают суверенитетом в отношении сухопутных и морских пространств в секторе от их побережья к полюсу, – отвергалась большинством государств. Итальянская доктрина исходит из того, что над полярными пространствами нет суверенитета какого-либо определенного государства. Каждое государство вправе направлять в эти регионы суда, научные экспедиции, морские платформы и т.п.

Приведенные выдержки из различных разделов итальянской доктрины МП либо имеют уже определенные ответы в российской доктрине, либо требуют более внимательного размышления над ними.

Результаты

Российская наука международного права на современном этапе должна сконцентрироваться на системном изучении зарубежных доктрин МП. Опыт ознакомления с итальянской школой МП приводит к выводу, что национальные доктрины стран Запада, будучи близкими, все-таки имеют свои особенности и отличаются отдельными взглядами, аспектами. Российская школа восприняла многие стороны западной доктрины и в то же время шире, конкретнее и основательнее смотрит как на международное право в целом, так и на отдельные его отрасли, институты.

Заключение

Главная рекомендация, вытекающая из анализа доктрин МП и адресованная внешнеполитической практике, состоит в том, чтобы не столько *заимствовать* международно-правовые взгляды, идеи, практику применения у государств Запада, сколько самим *развивать* МП в интересах России, Русского мира и Евразийского (незападного) цивилизационного пространства. Единственное, что, действительно, следует заимствовать у Запада, – это умение использовать международное право в качестве внешнеполитического инструмента для реализации геостратегических и тактических целей. Современное МП – это «право Запада»: оно создано в основном Западом и в первую очередь обслуживает интересы западной цивилизации. Но даже при всём этом государства Европы во главе с США выборочно применяют нормы МП, толкуют их к своей односторонней выгоде, используют двойные стандарты и просто игнорируют нормы МП и его фундаментальные принципы. России и незападным цивилизациям следует развивать МП в сторону «права для всех», в сторону настоящего равноправия и господства права в международных отношениях.

Второй вывод: российские учебники МП требуют определенного обновления как по структуре, так и по содержанию. В них необходимо включать части, посвященные *процессуальным* нормам, институтам и отраслям МП. Следует осмыслить проблематику «принципов-методов», принципов-стандартов. Настало время дифференцировать учебники – для бакалавров, магистров и аспирантов. Учебник для бакалавров должен быть очень простым. Предлагается в начале курса ввести понятие «*международной системы*» (с её подсистемами – военно-политической, экономической и социально-культурной) и весь материал курса подавать в привязке к этим подсистемам, а не по отраслям МП. Учебник станет короче, понятнее, его прикладное содержание усилится.

Примечания:

1. Treves T. Diritto internazionale, problemi fondamentali. Milano: Giuffrè, 2005.
2. Международное право: учебник / отв. редактор А.Н. Вылегжанин. М.: Высшее образование, Юрайт-издат, 2009.
3. Международное право: учебник/ отв. редактор С.А. Егоров. 5-е издание. М.: Статут, 2014.
4. Бирюков П.Н. Международное право: учебник, 6-е издание. М.: Юрайт, 2013.
5. Международное публичное право: учебник / отв. ред. К.А. Бекяшев, 5-е издание. М.: Проспект, 2009.

6. Международное право: учебник / отв. ред. Б.Р. Тузмухамедов, 4-е издание. М.: Норма, 2014.
7. Шумилов В.М. Международное право: учебник, 2-е издание. М.: Международные отношения, 2012.
8. Черниченко С.В. Контуры международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014.
9. Шумилов В.М. Международное право и глобальная правовая система // Московский журнал международного права. 2002. № 4.
10. Шумилов В.М. О периодизации международного права в контексте цивилизационного подхода: Россия и Запад // Евразийский юридический журнал. 2014. № 10.
11. Об этом: Международное право: учебник / отв. ред. Г.С. Стародубцев. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2015.
12. Аречага Э. Х. Современное международное право. Пер. с испанского. М.: Прогресс, 1983.
13. Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Международные отношения, 1970.
14. Международное право: учебник / под ред. Л.Н. Шестакова. М.: Юридическая литература, 2005. С. 51-57.
15. Международное право: учебник / под ред. В.И. Кузнецова. М.: Юрист, 2001.
16. Международное право: учебник / под ред. В.И. Кузнецова и Б.Р. Тузмухамедова. 2-е издание. М.: Норма, 2007.
17. Лукашук И.И. Современное право международных договоров. М., 2004.
18. Шумилов В.М. Международное право: учебник, 2-е издание. М.: Международные отношения, 2012.
19. Федеральный закон «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации» 2015 г. // Российская газета. 2015. 6 ноября.
20. Conforti B. Diritto internazionale. Napoli: Esi, 2013.
21. Cannizzaro V. Diritto internazionale. Torino, 2012.
22. Вельяминов Г.М. Международное право: опыты. М.: Статут, 2015.
24. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988
25. <https://www.govtrack.us/congress/bills/104/hr927>

References:

1. Treves T. Diritto internazionale, problemi fondamentali. Milano: Giuffre, 2005.
2. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik / otv. redaktor A.N. Vylegzhanin. M.: Vyssee obrazovanie, Jurajt-izdat, 2009.
3. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik / otv. red. S.A. Egorov. 5-e izdanie. M.: Statut, 2014
4. Biriukov P.N. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik, 6-e izdanie. M.: Jurajt, 2013.
5. Mezhdunarodnoe publicnoe pravo: uchebnik / otv. red. K.A. Bekjashev, 5-e izdanie. M.: Prospekt, 2009.
6. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik / otv. red. B.R. Tuzmuhamedov, 4-e izdanie. M.: Norma, 2014.
7. Shumilov V.M. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik, 2-e izdanie. M.: Mezhdunarodnye otnoshenija, 2012.
8. Chernichenko S.V. Kontury mezhdunarodnogo prava. Obshhie voprosy. M.: Nauchnaja kniga, 2014.
9. Shumilov V.M. Mezhdunarodnoe pravo i global'naja pravovaja sistema // Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo prava. 2002. № 4. S. 68-87
10. Shumilov V.M. O periodizacii mezhdunarodnogo prava v kontekste civilizacionnogo podhoda: Rossiya i Zapad // Evrazijskij juridicheskij zhurnal. 2014. № 10.
11. Ob jetom: Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik / otv. red. G.S. Starodubcev. M.: RIOR: INFRA-M, 2015.
12. Arechaga Je. H. Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo. Per. s ispanskogo. M.: Progress, 1983.
13. Tunkin G.I. Teorija mezhdunarodnogo prava. M.: Mezhdunarodnye otnoshenija, 1970.

14. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik / pod red. L.N. Shestakova. M.: Juridicheskaja literatura, 2005.
15. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik / pod red. V.I. Kuznecova. M.: Jurist, 2001.
16. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik / pod red. V.I. Kuznecova i B.R. Tuzmuhamedova. 2-e izdanie. – M.: Norma, 2007.
17. Lukashuk I.I. Sovremennoe pravo mezhdunarodnyh dogovorov. M., 2004.
18. Shumilov V.M. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik, 2-e izdanie. M.: Mezhdunarodnye otnosheniya, 2012.
19. Federal'nyj zakon «O jurisdikcionnyh immunitetah inostrannogo gosudarstva i imushhestva inostrannogo gosudarstva v Rossijskoj Federacii» 2015 g. // Rossijskaja gazeta. 2015. 6 nojabrja.
20. Conforti B. Diritto internazionale. Napoli: Esi, 2013.
21. Cannizzaro V. Diritto internazionale. Torino, 2012.
22. Vel'jaminov G.M. Mezhdunarodnoe pravo: opyty. M.: Statut, 2015.
24. Danilenko G.M. Obychaj v sovremennom mezhdunarodnom prave. M., 1988
25. <https://www.govtrack.us/congress/bills/104/hr927>

УДК 341

Итальянская научная доктрина международного права в сравнении с российской доктриной

Владимир Михайлович Шумилов

Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации, Российская Федерация
Москва, ул. Пудовкина, 4а, 119285
доктор юридических наук, профессор
E-mail: choumilov-vavt@mail.ru

Аннотация. В статье проанализировано содержание известных итальянских университетских учебников по международному праву, отражающих итальянскую научную доктрину МП. Особое внимание уделено понятию МП, его роли в международных отношениях, источникам (обычаям и договорам), принципам, системе, отдельным отраслям МП, проблемам применения норм МП, а также структуре учебников и темам, которые раскрываются в них. Анализ различных аспектов итальянской доктрины производится на фоне российской доктрины в сопоставлении с соответствующими взглядами, изложенными в научной и учебной литературе в России.

Ключевые слова: международное право, итальянская доктрина, российская доктрина.

Нестабильность политической, экономической, социальной жизни государства, противоречия интересов различных социальных групп, усложнение отношений на внутригосударственном уровне порождают появление реальных угроз тем или иным интересам, внешних и / или внутренних [2, С. 58].

Исследование правового регулирования отношений в сфере обеспечения национальной безопасности показало, что отдельные обще используемые термины и понятия либо не определены в нормативно-правовых актах, либо определяются по-разному, что порождает проблемы в толковании норм закона и может привести к ошибкам в правоприменительной практике. Продолжается дискуссия относительно содержания дефиниций «безопасность», «национальная безопасность» и в науке. При этом в юридической литературе абсолютно обоснованно поднимается проблема «упорядочения юридической терминологии», высказывается идея о ее «стандартизации». Как отмечает А.С. Шилович: «унификация юридической терминологии является одной из важнейших предпосылок повышения формальной определенности правовых норм, содержащихся в законодательстве, ликвидации противоречий в нормативных актах, повышения их доступности. Особую роль приобретает унификация юридических терминов в условиях правовой информатизации, создания и развития информационно-правовых систем».

Материалы и методы

Вопросы системы обеспечения государственной (национальной) безопасности изучались такими исследователями, как С.С. Алексеев, Ю.Б. Долгополов, С. Гордиенко, В.С. Картавцев, Ю.Я. Коршунов, П.С. Коршиков, А.С. Подшибякин, В.П. Ерошин и рядом других ученых. Теоретические основы отдельных составляющих национальной безопасности, исследовались А.И. Барановским, М.М. Ермошенко, В.И. Мунтияном, Я.А. Жалела, В.М. Гейцем, З.С. Варналия, Г.А Пастернак-Таранушенко, А.И. Сухоруковым, А.Д. Ладюк, В.В. Олейниковым и др.

Проблемы определения понятийного аппарата ранее уже рассматривались (С. Гордиенко [3], А.Л. Баланда [4], В. Филиппчук [5]). Однако в настоящее время все чаще высказываются мнения о необходимости просмотра имеющегося понятийно-категориального аппарата.

Национальная безопасность, представляя собой сложное явление, требует консенсуального ее понимания. Именно поэтому при исследовании вопроса национальной безопасности возникает необходимость в разработке определенного способа понимания, трактовки этого явления, выработки основного взгляда, руководящей идеи, то есть концепции национальной безопасности.

Национальная безопасность, составляя в наиболее общем понимании содержание обеспечения национальных интересов, является динамичной системной категорией. Изменение национальных приоритетов влечет за собой корректировку содержания национальных интересов, что, в свою очередь, влияет на содержание национальной безопасности [6, С. 19].

В данном исследовании в качестве определяющего был избран синергетический подход к изучению процессов формирования и развития системы обеспечения национальной безопасности. Существенным показателем такого подхода является системообразование – трансформация различных элементов и подсистем национальных интересы в единую, интегрированную, органическую, объединенную едиными целями по обеспечению национальной безопасности совокупность – систему национальной безопасности.

Применяя методологию синергетики, диалектики, методы анализа и синтеза, контент-анализа и ивент-анализа уточним содержание понятия «национальная безопасность».

Обсуждение

В справочной литературе дефиниция «безопасность» трактуется как: состояние, когда кому-то или чему-то ничто не угрожает [7, С. 52; 8, С. 83]; состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внешней и внутренней

Примечания

1. Договор об особенностях уголовной и административной ответственности за нарушения таможенного законодательства таможенного союза и государств – членов таможенного союза (подписан в г. Астане 05.07.2010) // Бюллетень международных договоров. 2013. № 4.
2. Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 5 июля 2014 года № 235-в // URL: http://www.online.zakon.kz/document/?doc_id=31577399&doc_id2=31577399
3. Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях от 21 апреля 2003 г. № 194-З // URL: http://www.etalonline.by/?type=text®num =Hk0300194#load_text_none_1_
4. Кодекс Республики Армения об административных правонарушениях // URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1392&lang=rus>
5. Кодекс Кыргызской Республики об административной ответственности // URL: http://www.online.adviser.kg/Document/?doc_id=30232566
6. Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 г. // Собрание законодательства РФ. 1997. N 48. Ст. 5493.
7. Таможенный кодекс Российской Федерации // Российская газета, № 138, 21.07.1993.
8. Code des douanes // http://legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006071570
9. Бирюков П. Н. Международное право: учебник для бакалавров. 8-е изд. В 2 т. – М: Юрайт, 2015. Т. 2. С. 159-163.
10. Бирюков П.Н. К вопросу об имплементации норм Евразийского экономического союза // Международный правовой курьер. 2014. № 5. С. 8-9.
11. Закон Республики Армения «О правовых актах» // <http://www.parliament.am/legislation.php?ID=1280&lang=rus&sel=show#9>

References

1. Dogovor ob osobennostyakh ugolovnoi i administrativnoi otvetstvennosti za narusheniya tamozhennogo zakonodatel'stva tamozhennogo soyuza i gosudarstv - chlenov tamozhennogo soyuza (podpisan v g. Astone 05.07.2010) // Byulleten' mezhdunarodnykh dogovorov. 2013. № 4.
2. Kodeks Respubliki Kazakhstan ob administrativnykh pravonarusheniyakh ot 5 iyulya 2014 goda № 235-v // URL: http://www.online.zakon.kz/document/?doc_id=31577399&doc_id2=31577399
3. Kodeks Respubliki Belarus' ob administrativnykh pravonarusheniyakh ot 21 aprelya 2003 g. № 194-Z // URL: http://www.etalonline.by/?type=text®num =Hk0300194#load_text_none_1_
4. Kodeks Respubliki Armeniya ob administrativnykh pravonarusheniyakh // URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1392&lang=rus>
5. Kodeks Kyrgyzskoy Respubliki ob administrativnoy otvetstvennosti // URL: http://www.online.adviser.kg/Document/?doc_id=30232566
6. Konventsiya Organizatsii Ob"edinennykh Natsii po morskomu pravu 1982 g. // Sobranie zakonodatel'stva RF. 1997. N 48. St. 5493.
7. Tamozhennyi kodeks Rossiiskoi Federatsii // Rossiiskaya gazeta, № 138, 21.07.1993.
8. Code des douanes // http://legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006071570
9. Biriukov P. N. Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik dlja bakalavrov. 8-e izd. V 2 t. - M: Yurajt, 2015. T. 2. S. 159-163.
10. Biriukov P. N. K voprosu ob implementacii norm Evrazijskogo ekonomicheskogo soyuza // Mezhdunarodnyy pravovoy kur'er. 2014. № 5. S. 8-9.
11. Zakon Respubliki Armeniya «O pravovykh aktakh» // <http://www.parliament.am/legislation.php?ID=1280&lang=rus&sel=show#9>

УДК 34.05

**Территориальные пределы применения законодательства
об административной ответственности за таможенные правонарушения
в государствах-членах ЕАЭС**

Максим Васильевич Воробьев

Курский государственный университет, Российская Федерация
Курск, ул. Радищева д. 33, 305000
Кандидат юридических наук, доцент
E-mail: adv2004@bk.ru

Аннотация. В статье исследуются способы определения в национальном законодательстве России, Беларуси и Казахстана административной ответственности в территориальных пределах ее действия. Кроме того, в работе исследуется вопрос выбора применимого национального законодательства в случае выявления правонарушения за пределами территорий государств, но в пределах таможенной территории Таможенного союза. В результате сравнительного анализа национального законодательства Российской Федерации, Белоруссии и Казахстана автор доказывает необходимость изменения национального законодательства Российской Федерации путем установления административной ответственности за правонарушения, совершенные на континентальном шельфе РФ и в исключительной экономической зоне.

Ключевые слова: административная ответственность; территориальные пределы; Россия; Беларусь; Казахстан; Евразийский экономический союз.

Copyright © 2015 by Academic Publishing House *Researcher*



Published in the Russian Federation
Russian Journal of Comparative Law
Has been issued since 2014.

ISSN 2411-7994

E-ISSN 2413-7618

Vol. 6, Is. 4, pp. 176-178, 2015

DOI: 10.13187/rjcl.2015.6.176

<http://ejournal41.com>



Review

UDC 343.37

**Biriukov P. Criminal Liability of Legal Persons in EU-States / P.N. Biriukov.
Voronezh : VSU Publishing House, 2015. 319 p.'**

Alexei A. Moiseev

Russian Customs Academy, Russian Federation
140009, Moscow Region, Lubertsy City, Komsomolsky Avenue 4
Doctor of Law, Professor
E-mail: moiseev@customsacademy.ru

Abstract

The article presents a review of the book by famous Russian lawyer P. Biriukov «Criminal Liability of Legal Persons in EU-States».

Keywords: P. Biriukov, criminal responsibility, the EU member states.

The present professor Biriukov's book [1] is devoted to a very controversial topic in the contemporary legal science and in Russian legal science as well. The book contains a comprehensive study of the criminal responsibility problem of legal persons in the European Union.

As professor exactly underlined on his pages, «Nowadays the question of the necessity of introducing of criminal liability of organizations is discussed in the Russian Federation» (p. 9). Obviously, it is worth research of foreign states effective experience in this sphere. There is a possibility to select the most successful models of corporate liability, to solve problems of dependence of corporate liability on individual condemnation, to study issues arising in organization criminal prosecution. During the legal institution creating this book would help us avoid «to design a bicycle» and «walk twice into the same water» (p. 15).

The author is focused not only on basic issues of this phenomenon within the EU legal system, but also the legislation of 19 EU-states which provides criminal liability of the organizations.

It is important to emphasize, that the author presents complicated legal material in simply way, he covers two fundamental chapters of his scientific content on the 319 pages.

The first paragraph of the first chapter «The EU Company Law» concerns important questions such as principles of legal entities regulation in the EU law, methods of domestic laws approximation and unification, trading partnership characteristics for purposes of the EU law regulation, harmonization of EU law member states company, the trading partnership Directives, the disclosure of information Directives, the reorganization of joint-stock companies Directives, the single companies Directive.

The most important principles for the regulation of legal entities in the primary EU law are highlighted (p. 20): to guarantee the freedom of establishment of legal bodies, to abolish the restrictions of branch offices creating, to represent offices and subsidiary undertakings on any member country territory on national regime conditions; to establish minimum of legal bodies requirements to guaranty equal security for all members and creditors of legal bodies all over the European Union; to mitigate activity of Trans-European companies by abolishing obstacles caused by national legal systems differences; to stimulate cooperation between legal bodies from different member states in all spheres of business activity.

The author has paid attention to the most important acts of the EU law in this area. The trading partnership Directives about obligatory disclosure of information (the 1-st, 2-nd and 11-th Directives), merging and division of stock corporations (the 3-rd, 6-th and 10-th Directives), stock corporation acquisition as a result of engrossment of stocks or other securities by outward investors (13-th Directive), one man companies (12-th Directive) are reviewed by the author.

The history of acceptance and action of disclosure of information Directives, reorganization of joint-stock companies Directives, single companies Directive are also considered.

In the next paragraph of the first chapter the author details the three types of European Legal Persons, such as The European Economic Interest Group (EEIG), The European Company (SE) and The European Cooperative Association (SCE).

For instance, a suitable legal instrument at Community level in the form of the European Economic Interest Group, as noted, was created in August 1989 by entering into force the Council Regulation (EEC) № 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Group (EEIG) containing its Statute.

Regarding the European Company, The Council Regulation (EC) № 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE) 2001 is an EU Regulation containing the rules for a public EU company, called European Company.

A legal status of a European Cooperative Society (SCE) is based on the Community law. The EEA-wide laws governing the SCE legal form consist of two pieces of EU legislation: Council Regulation (EC) № 1435/2003 of 22 July 2003¹⁰ which established the SCE legal form; Council Directive 2003/72/EC of 22 July 2003 supplementing the Statute for a European Cooperative Society with regard to involvement of employees which sets out rules about representation and involvement of employees in SCE.

The third paragraph of the first chapter contains the author's position on some EU plans relative to development of the Company Law. In particular, «Entrepreneurship 2020: a three-step plan for unlocking Europe's entrepreneurship potential» is mentioned by prof. Biriukov [p. 51], which is «blueprint to reinvigorate Europe's entrepreneurial culture. He focuses on education and training and creating the right environment, as well as role models and reaching out to specific groups. The entrepreneurship 2020 action plan reigniting the entrepreneurial spirit in Europe aims to support entrepreneurs, who play an essential role in boosting employment, growth and a stronger economy. Europe's new companies, particularly small businesses, generate more than four million new jobs every year alone. The action plan seeks to change the culture and attitudes of European citizens with regard to entrepreneurship and to see it as an attractive and realistic career. It invites Member States to make entrepreneurship education a mandatory part of school education and aims to change the public's perception of entrepreneurs, so that they get the recognition and support they deserve. The action plan also addresses the multiple barriers faced by would-be entrepreneurs, such as the lack of appropriate education and training, difficulty in accessing credits and markets, problems in transferring businesses, fear and stigma of failure and too much red tape».

The action plan's proposals, which are to be put into action by administrations at all appropriate levels, are shown here and are grouped under three headings.

As part of the Europe-2020 strategy, the EU is redrawing its policy to ensure a strong, diversified, resource-efficient and competitive industrial base to meet the challenges of the global market. A European Social Entrepreneurship Fund (ESEF) label is designed to identify funds focusing on European social businesses, making it easier for them to attract investment.

In the end of the first chapter the author concluded that the primary EU law sets basic provisions on the status of legal persons in the EU Members. Documents of the EU institutions primarily aimed to harmonize national legislation.

Consequently, the harmonization of national legislation is the obvious task of EU member-states.

The eye-catching feature of the second chapter of the research is that it's sufficiently detailed by description of national legislation of 19 EU-states in the area of the criminal liability of the legal person and appropriate measures for the implementation of European law in their law systems.

As an example the Finnish reader (an official or a corporate lawyer) could find the relevant information about Finnish company law [p. 138], which is based on Act on Limited liability companies 2006, the Restructuring of Enterprises Act 1993, the Securities Markets Act 2012, the Cooperatives Act 2013, the Trade Register Act 1979 etc.

Author also defines «two main types of a legal body in Finland: 1) commercial organizations (limited liability companies, general partnerships, LPs, cooperatives, private enterprises) and 2) noncommercial organizations (associations and funds)» (p. 139). The general characteristic of these legal entities types, as well as their criminal liability in the Finnish law is also given. To conclude the section about Finland the author says that «in general the Finnish legislation complies with international obligations of the state» (p. 148). Other paragraphs of the second chapter are created «in the image and likeness» of that part.

Hence, such an informative legal book could be interesting and useful to a wider audience – both Russian and foreign. It is to recommend *prof. Biriukov's Criminal liability of legal persons in EU-countries* to all researchers of international and European law.

References:

1. Biriukov P. Criminal Liability of Legal Persons in EU-States / P. N. Biriukov. – Voronezh : VSU Publishing House, 2015. – 319 p.; <http://www.intlawvsu.ru/wp-content/uploads/2015/11/Biriukov-P.-Criminal-liability-of-legal-persons-in-EU-countries.pdf>

УДК 343.37

П. Бирюков. Уголовная ответственность юридических лиц в государствах-членах ЕС / П.Н. Бирюков. Воронеж: Издательский дом Воронежского государственного университета, 2015. 319 с.

Алексей Александрович Моисеев

Российская таможенная академия, Российская Федерация
140009, Московская область, г. Люберцы, Комсомольский проспект, д. 4
доктор юридических наук, профессор
E-mail: moiseev@customsacademy.ru

Аннотация. Представлена рецензия на книгу известного российского правоведа П. Бирюкова «Уголовная ответственность юридических лиц в государствах-членах ЕС».

Ключевые слова: П. Бирюков, уголовная ответственность, государства члены ЕС.